

﴿ الجزء العشرون من ﴾

كِتَابُ

إِبْدِئْ بِشَيْءٍ مِنَ الْإِسْلَامِ

الْخَيْرِيِّ

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضا سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب المكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرة أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة
جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه المسكرا

(أول طبعة ظهرت على وجه البسيطة لهذا الكتاب الجليل)

﴿ حقوق الطبع محفوظة للملزم ﴾

الحاج محمد قنديل نسائي المغربي البوسني

من طبعة السقاذه بجوار محافضة مصر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

باب الكفالة بالنفس والوكالة بالخصومة

قال رحمه الله وان ادعى رجل قبل رجل دعوى وأخذ منه كفيلا بنفسه ووكيلا بالخصومة ضامنا لما ثبت عليه فهو جائز لان مقصود صاحب الحق التوثيق بحقه وتام التوثيق يكون بهذا فان المكفول بنفسه ربما لا يأتي بالكفيل ويخفى شخصه فيتعذر على الطالب اثبات حقه ولا يتوصل الى حبس الكفيل وان كان وكيلا في خصومته يمكن من اثبات حقه بالبيينة وبعد الاثبات ليس له أن يطالب الوكيل بآداء المال وربما لا يظفر الوكيل بالأصيل فاذا كان ضامنا لما ذاب عليه توصل الى استيفاء حقه منه فمرفنا ان تمام التوثيق بها يحصل فلهذا جوزناه وعلى قول الشافعي رحمه الله هذا الضمان لا يجوز (وأصل المسئلة) ان الكفالة بالمال مضافا الى سبب وجوبه يجوز عندنا نحو ان يقرل ماداب لك على فلان فهو على أو ما بعث به فلا نفور على وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه التزم المال بالمقدور فيحمل الاضافة كالالتزام بالشراء ولان الاضافة الى وقت في معنى التعاطق بالشرط والتزام المال بالكفالة لا يحتمل التعليق بالشرط حتى لو علق بدخول الدار وكلام زيد لم يصح فكذلك اذا اضافته الى وقت * توضيحه ان عندكم لو أضاف الكفالة الى موت المظلوم كان صحيحا ولو أضافها الى موت غيره لم يصح ولا فرق بين الموتين فان كل واحد منهم كائن غير موجود وفي الحل ثم جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة بهذه الصفة بأن يقول ما بايتم به أحدا من الناس فكذلك جهالة المكفول به تمنع صحته بالاولى لان الملتزم بالمقدور المكفول به * وحجتنا قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم فهذا المادى أضاف الى التزام بالكفالة الى سبب وجوب المال وهو المجيء بصواع الملك وانما نادى بأمر يوسف عليه السلام وما أخبر به الله تعالى عن شريعة من قبلنا فهو ثابت في شريعة ما حتى يقوم دليل النسخ غير أن الشافعي رحمه الله يقول هنا بيان العمالة لمن يأتي به وعندى من أبق عبده نخاطب جماعة وقال من جاء به منكم فله عشرة كان هذا صحيحا ولكننا

نقول استدلالنا بزحامة النجاسة بقوله وانا به زعيم ولا حاجة هنا الى معرفة طريق وجوب
 ذلك المال فان العمالة تجب على من وقع له العمل فأما الوجوب على الكفيل فبسبب الكفالة
 الا انه يقول لم يكن هذا كفالة على الحقيقة فان المكفول له مجهول وجهالة المكفول له تمنع
 صحة الكفالة والكلام فيه من حيث المعنى اذ التزام المال بالكفالة نظير التزام المال بالانقراض
 من حيث انه التزام لا يقابله التزام على من يلتزم له وجهالة المقر به لا تمنع صحة الانقراض كذلك
 فيما التزمه بالكفالة وجواز الكفالة في الاصل لحاجة الناس والحاجة ماسة الى اضافة الكفالة
 الى سبب وجوب المال ولهذا جوز العلماء رحمهم الله الكفالة بالدرك وهو مضاف الى سبب
 الوجوب بالاستحقاق فيه يتبين ان مثل هذه الجهالة لكونها لا تفضي الى المنازعة لا تمنع صحة
 الكفالة ولا يجوز أن تمنع صحتها لمعنى الخطر فانه موجود في كل كفالة اذ لا يدري أن الطالب
 يطالب الكفيل أو الاصيل فاما الفرق بين الموتين فهو أن موت المطلوب يجوز أن يكون سببا
 لتوجه المطالبة بالمال عليه بان يكون وارثه فهذا تصح اضافة الكفالة اليه وكذلك التعليق
 بكلام زيد ودخول الدار فانه ليس بسبب لوجوب المال بحال فتمحض ذلك تعليقا بالشرط
 ولا يكون التزاما فاما ما هنا فانه أضاف الالتزام الى ما هو سبب لوجوب المال وهو المباينة
 والذوب فيكون التزاما صحيحا فان وافق به وذنمه اليه فهو برىء من ذلك لوجود الموافقة به كما
 التزمه وان لم يفعل فللطالب أن يأخذه بالكفالة ويخاصمه في دعواه قبل المكفول به والكفيل
 ضامن له لتحقيق الذوب بقضاء الفاضى وقد كان ملتزما لما يذوب له عليه والذوب عبارة عن
 تحقق الوجوب وان قال ان لم أوافك به غدا فانا وكيل في خصومته ضامن لما ذاب عليه
 فرضى بذلك المطلوب فهو جائز وانما شرط رضاه في الوكالة بالخصومة دون الكفالة بالنفس
 والمال لان الوكيل بالخصومة نائب عنه وربما يتضرر هو به فلا يفرد به الوكيل بدون رضا
 الموكل فأما الكفالة فالتزام للطالب ولا يتضرر به المكفول عنه فلا يعتبر رضاه بذلك وكذلك
 لو قال متى دعوتنى به فلم أوافك به فانا وكيل في خصومته ضامن ما ذاب لك عليه لان كلمة
 متى للوقت فمعناه ان لم أوافك به في الوقت الذى تطلب منى وهذا الوقت وان كان مجهولا
 ولكن لا يمكن بسبب جهالة المنازعة ولو كفيل به علي انه ان لم يواف به غدا فقلان يعنى
 رجلا آخر وكيل في خصومته فما قضى به عليه فانا ضامن له فرضى بذلك المطلوب فهو جائز
 اذ لا فرق أن يكون الوكيل والضامن للمال هو الكفيل بالنفس وبين أن يكون غيره اذا وجد

منه القبول لذلك وقد بينا انه لو كانت اضافته لذلك كله الى نفسه كان صحيحا فكذلك اذا
أضاف كل عقد من هذا الى شخص معلوم وقبلوا ذلك ورضى به المطلوب كان صحيحا ولو
قدم الوكالة فقال هو وكيل في خصومة ما بيني وبينك ضامن لما ذاب لك على أو لما قضى
لك به على أو لما لزمني لك أو بما لحقني فان وافاني به غدا حتى أدفعه اليك فهو برىء من
ذلك فهذا جائز لانه وان أخر التزام المال بالكفالة كان محمولا على معنى التقديم فاداعمه
فأولى أن يصح وهذه كلها وناتق لحق واحد فلا فرق في صحتها بين تقديم التعيين وتأخير
التعيين لان المقصود لا يختلف بذلك ولو كفل بنفسه الى أجل فان لم يوف به فيه فهو وكيل
في الخصومة التي بينهما ضامن لما ذاب عليه ولم يشهد المطلوب على ذلك فالكفالة بالنفس
والمال جائزة والوكالة والكفالة باطلة لانه أبا به ولا يقدر الانسان على ان يجعل نفسه نائبا
عن غيره في خصومته من غير رضاه فاذا لم يرض المطلوب بوكالته بطلت الوكالة ولا تبطل
ببطلانها الكفالة بالمال والنفس لان جوازهما لا يتعلق بصحة الوكالة فانهما صحيحان وان لم يذكر
الوكالة أصلا ولو كفل بنفسه على أنه ان لم يوف به غدا فهو وكيل في خصومته فرضي به
المطلوب فلم يوف به الغد فهو وكيل بالخصومة لان الوكالة اطلاق تحتمل التعليق بخاطر
عدم الموافقة فان قضى عليه بشيء لم يلزم الكفيل منه شيء لانه ما التزم شيئا من المال والكفالة
بالنفس لا يصير ملتزما للمال ولكن الطالب يأخذ الكفيل بالكفالة بالنفس حتى يدفعه اليه
لانه التزم تسليم النفس اليه فلا يبرأ بثبوت المال عليه ما لم يسلمه فان ثبوت المال عليه لا ينيه عن
نفسه بل يحوجه الى ذلك ليستوفي حقه منه فكان الكفيل مطالبا به فان قضى الكفيل الطالب
حقه كان متبرعا بذلك كسائر الاجانب لانه غير ملتزم للمال وبأدائه لا يستفيد البراءة من
الكفالة بالنفس لجواز ان يكون بين الطالب والمطلوب خصوصية أخرى فلهذا كان متبرعا في
اداء المال ان شاء الطالب قبل ذلك منه وان شاء أنى وطالبه بتسليم النفس اليه كما التزمه وان
كان كفيل بالمال أجبرت الطالب على قبضه منه على معنى انه اذا وضع المال بين يديه يصير
الطالب قابضاً له لانه يرى ذمته بالاداء ولمن عليه الحق ذلك والاول متبرع لا تبرأ ذمته
عن شيء بما يوفيه ولو قضا الكفيل المال على أن يبرئه من الكفالة بالنفس كان جائزا لانه
متبرع في قضاء المال وقد قبله الطالب ثم ابرأه الطالب عن الكفالة بالنفس وذلك حقه وكذلك
لو قضا بعضه على ان يبرئه عن الكفالة بالنفس وهذا لان الطالب ليس يملك ما يقبضه منه

بإزاء الإبراء عن الكفالة بالنفس إنما يملك ذلك بدلا عن أصل حقه على المطلوب كما يملكه من جهة متبرع آخر ثم هو مستقط لحقه في الكفالة بالنفس من غير عوض فيكون صحيحا فاما إذا أبراه عن الكفالة بالنفس بمال يشترطه عليه بمقابلة البراءة فلا يجب ذلك المال ولو أداه كان له أن يرجع فيه لأن الكفالة بالنفس ليست بمال ولا تؤول الى المال بمال وهو مجرد حتى لا يوصف بأنه ملكه والاعتياض عن مثله بالمال لا يصح بخلاف العتاق بجعل والطلاق بجعل فانه اعتياض عن ملك (ألا ترى) أن ملك النكاح لا يثبت الا بالمال فيجوز الاعتياض عن ازالته بالمال أيضا بخلاف حق الكفالة بالنفس فانه لا يثبت ابتداء بمال قط حتى لو أخذ منه مالا ليكفل به بنفس فلان لا يصح فكذلك لا يصح التزام المال عوضا عن الإبراء بالكفالة بالنفس وفي حصول البراءة روايتان في كتاب الشفعة يشير الى انه يبرأ وجعل هذا كحن الشفعة اذا سلمه بمال يصح التسليم ولا يجب المال والمعنى أنه اسقاط محض واشترط العوض بمقابلته فاسد ولكن الاسقاط لا يبطل بالشرط الفاسد لانه لا يتعلق بالجائز من الشروط فلا يكون الشرط الفاسد مبطالا له وفي موضع آخر يقول لا يبرأ عن الكفالة بالنفس بخلاف الشفعة لان الكفالة بالنفس حق قري لا يسقط بحد ثبوته إلا باسقاط تام ولا يسقط إلا بعد تمام الرضا به ولهذا لا يسقط بالسكوت وانما يتم رضاه بسقوطه اذا وجب له المال فاذا لم يجب لا يكون راضيا به فأما سقوط الشفعة فليس يعتمد الاسقاط وتام الرضا به (ألا ترى) أن بالسكوت عن الطلب بعد العلم به يسقط وحجته ان الوجوب لم يكن لعقده وانما كان شرعا لدفع ضرر مخصوص عنه وهو ضرر سوء المجاورة وقد صار راضيا بهذا الضرر وان سلمه بمال فاما وجوب تسليم النفس بالكفالة فكان بقبوله العقد فلا بد من اسقاط يكون منه وهو اذا أسقطه بمال فانما يحول حقه الى المال فلا يسقط أصلا وهذا التحويل لم يصح فبقيت الكفالة بالنفس على حالها ولو قضاها المال على أن يرجع به على المطلوب وقبضه منه على ذلك فهذا لا يجوز لان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين بموض والمبادلة بالدين من غير من عليه الدين لا تصح بخلاف الاول لانه اسقاط المال عن المطلوب وليس بتملك من المتبرع لقضائه بموض وهنا نص على التمليك منه حتى شرط له الرجوع على المطلوب وهذا بخلاف الكفيل بالمال أيضا فانه متبرع ملتزم للمال لان بعقد الكفالة يجب المال في ذمته على أحد الطرفين وعلى الطريق الآخر عند قضاء الدين ليرجع به ولهذا لو وهب هناك المال من الكفيل لرجع

به على الاصيل ولو وهب المال هنا من الكفيل بالنفس لا يصح إلا أن يسلطة على قبضه فينشد
يكون نائباً عنه في قبضه استحساناً قل فإن أبرأه عن الكفالة على هذا كان للكفيل أن يرجع
بما قضاه عليه لأنه قبضه منه بحكم تملك فاسد ويرجع الطالب عليه بالكفالة بالنفس في أصح
الروايتين ولو كفّل نفسه إلى أجل مسمى فإن لم يوف به فهو ضامن لما ذاب عليه وكيل في
خصومته فليس للطالب أن يأخذه بالكفالة بالنفس قبل الأجل ولا أن يخصمه قبل الأجل
لأن اشتراط المدة لتوسعة الأمر على نفسه فلا يتضيّق الأمر عليه إلا بمضى المدة كاشتراط
المطلوب الأجل لنفسه في الدين والوكالة في الخصومة وضمان المال عليه بناء على عدم موافاة
مستحقة وذلك لا يكون إلا بعد الأجل فهذا لا يطالبه بشيء من ذلك قبل مضي الأجل وعلى
هذا الكفالة بالنفس بغير وكالة فإن المعنى يجمع الكل ولو كفّل بنفس رجل وجعل المكفول به
وكيلاً في خصومته ضامناً لما ذاب عليه ثم مات الكفيل وله مال فلا حصرمة بين الطالب وورثته
ولكنه يخصم المكفول به لأن الوكالة تبطل بالموت لأن الموكل إنما رضى برأيه في الخصومة
ولا يقوم رأى وارثه في ذلك مقام رأيه والكفالة بالمال باقية بعد موته ولكن ما لم يتحقق الذوب
على المطلوب لا يكون هو ضامناً للمال والذوب إنما يتحقق عند خصومة الطالب وأثبت حقه
عليه بالحجة فهذا خصم المكفول به وموافق له به عليه ضرب به مع غرماء الكفيل في ماله لأن
الذوب قد تحقق فالوجوب بالكفالة يستند إلى أصل السبب لأن اللزوم تعلق به نفسه وقد
كان أصل السبب في صحته فهذا المعنى الواجب من جملة دين الصحة يضرب به مع غرماء الصحة
وكذلك لو مات المكفول به أيضاً فخصم الطالب وورثته أو وصيه فقضى له بالمال كان له أن
يتبع ميراث أيهما شاء لأن الذوب قد تحقق فيضرب في ميراثه بجميع ماله وفي ميراث الآخر
بما يبقى له لأنه وصل إليه بعض حقه حين ضرب مع غرماء الأول فلا يضرب مع غرماء
الآخر إلا بما بقي له والله أعلم فإن لم يكن على واحد منهما سوى هذا الدين فالجواب واضح
وإن كان على كل واحد منهما دين آخر يضرب مع غرماء أيهما شاء أولاً بجميع دينه وفي الكتاب
أبهم فقال إن بدأ فعصر مع غرماء الكفيل رجوع على ورثة الكفيل بما أدوا في مال المكفول عنه
فضربوا به مع غرمائه لأن كفة الله عنه كانت باصره وما يستوفي من تركته بعد وفاته بمنزلة
ما يؤديه في حياته ويرجع به ورثته في تركة المكفول عنه وإن بدأ فعصر مع غرماء المكفول
عنه لم يرجع ورثة المكفول عنه في تركة الكفيل بشيء لأن أصل الحق كان على مورثهم وكان

الطالب يرجع بما بقي من حقه فيضرب به مع غرماء الكفيل في تركه الكفيل لانه لا يبرأ الكفيل الا من القدر الذي وصل الى الطالب من تركه المكفول عنه فقطع الجواب في الكتاب على هذا وهو مبهم في أصل الوضع قاصر في البيان فحينئذ لا يتم بيان المسئلة بما ذكر وليس في الكتاب مسئلة اشكل من هذه المسئلة من الحسابات وغيرها فالوجه أن نصور المسئلة ليتين موضع الاشكال فنقول دين الطالب عشرة دراهم وقد ترك الكفيل عشرة وعليه دين لرجل آخر عشرة وترك المكفول منه أيضا عشرة وعليه لرجل آخر دين عشرة فالطالب بالخيار كما يشاء فان بدأ بتركه الكفيل ضرب بالعشرة في تركته وغريم الكفيل بالعشرة فكانت تركته بينهما نصفين فوصل الى الطالب خمسة يأبى في تركه المكفول عنه فيضرب به مع غريمه بما بقي من دينه وذلك خمسة يضرب ورثة الكفيل أيضا بما أدوا الى الطالب وذلك خمسة فيسلم الغريم المطلوب خمسة وللطالب درهمان ونصف ولورثة الكفيل درهمان ونصف لا يسلم هذا لورثة الكفيل لانه تركه الكفيل وقد بقي من دين غريمه خمسة ومن دين الطالب درهمان ونصف فيقسمان هذا الذي ظهر من تركته عن مقدار حقهما أثلاثا فالثالث الذي يستوفيه الطالب يرجع به ورثة الكفيل في تركه المكفول عنه فينبين به بالان النسمة الاولى وان استأنفوا تقسمة على هذا الذي ظهر أيضا يرجع به الطالب فيما يسرفون ويرجعون بما يعطون اليه في تركه المكفول عنه فتتقضى النسمة أيضا لا يزال يدور هكذا الى ما لا يتناهى واذا بدأ بالرجوع في تركه المكفول عنه ضرب مع غريمه بالعشرة واقسما تركته نصفين فانه يضرب بما بقي من دينه وذلك خمسة في تركه الكفيل مع غريم الكفيل فيقسمان العشرة اثلاثا فبدين ورثة الكفيل ثلثا بل أدوا الى الطالب ثلاثة ثلثا ويرجعون به في تركه المكفول عنه وتبين بطال النسمة ثلثون وكذا ان استأنفوا تقسمة ثانيا وثالثا فكما وصل اليهم شيء يأخذ الطالب من ذلك قدر حصته ويرجع به ورثة الكفيل في تركه المكفول عنه الى ما لا يتناهى فهذا بيان مواضع اشكال المسئلة وبان أبو بكر انتهى رحمه الله من متقدمي علمائنا رحمهم الله من الحساب تقول هذه المسئلة من باب مفتریات الجبر ومحمد بن الحسن رحمه الله كان يعرف مفردات الجبر وما كان يعرف مفتریات الجبر أصلا فلماذا ترك بيان هذه المسئلة ومعنى كلامه أن هذه الحاجة تقع الى معرفة القدر الذي يرجع به ورثة الكفيل في تركه المكفول عنه ليضم ذلك الى ما يضرب به الطالب في تركه المكفول عنه غريمه والعلم بمفردات

الجبر لا يهدي الى ذلك فاما أبو الحسن الاهو اذى من حساب أصحابنا رحمهم الله فكان يقول انما
تعذر تخريج هذه المسئلة لما وقع فيها من جذر الاصم وكانت عائشة رضى الله عنها تقول
سبحان من لا يعلم الجذر الاصم الا هو وقيل الجذر الاصم مطلق ضل مفتاحه فلا يعرفه أحد
من العباد بطريق التحقيق وبرهن بمقالته بمسئلة مجتذرة من هذا الجنس وحققها وخرجها
وسئل القاضي أبو عاصم الجنوبي في زمانه وكان مقدما في الحساب ان يخرج هذه المسئلة
فكلف لذلك مدة وخرجها بالتقريب دون التحقيق (والحاصل) ان من تكلم بذلك من
أصحابنا رحمهم الله تعذر عليه تخريج المسئلة بالتحقيق أصلا وكل ما ذكره عندي في تصنيف
ولكن لم يكن معي شئ من كتبى ولم يجد به خاطرى الآن فان تيسر وصولى الى كتبى أو
جاد به خاطرى أى وقت أتيت منه بقدر الممكن ان شاء الله تعالى ثم نبيد المسئلة في آخر
الكتاب بعينها ومن أراد من أصحابنا رحمهم الله التخلص من هذه الخصومة يقول الطالب اذا
اختار الرجوع على أحدهما ثم ضرب بقية دينه في تركة الآخر فما سلم لورثة الكفيل لا يرجع
فيه الطالب بشئ لانه بدل ما وصل الى الطالب ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد
ولكن يكون ذلك سالما لغريم الكفيل غير ان هذا من حيث المعنى بعيد فان ما يأخذون مال
الكفيل فكيف يسلم ذلك لاحد غريمه دون الآخر ولو كفيل بنفس رجل الى آخر الشهر
فان لم يواف به فهو وكيل في خصومة ما بينهما ولم يبين أى خصومة هى والكفالة بالنفس جائزة
ولا يكون وكيل في الخصومة لانه اذا لم يبين انه فى أى خصومة وكيله فالوكيل عاجز عن
تحصيل مقصود الموكل لان ما وكله به مجهول جهالة متفاحشة لم يفوض الأمر الى رأيه على
العموم ولكن فساد الوكالة بالخصومة لا بوجب فساد الكفالة بالنفس لان أحد الحكمين
منفصل عن الآخر فالفساد فى أحدهما لا يتعدى الى الآخر وكفالة الصبي التاجر باذن أبيه
أو بغير اذنه بنفس أو مال باطلة لانه تبرع ولا يملكه الصبي بغير اذن أبيه ولا باذنه كالهبة
وهذا لان عقل الصبي انما يعتبر شرعا فيما ينفعه والتبرع ليس من جنس ما ينفعه عاجلا واذن
الأب له لا يصح فيما لا يملك الأب مباشرة كالطلاق ونحوه ولان الكفالة اقراض للذمة
بالزام الحق فيها فكان كاقراض المال فلا يملك الصغير باذن أبيه ولا بغير اذنه والمعتوه والمبرسم
الذى يهذى فى ذلك كالصبي وكذلك رجل عليه مال ادخل ابنا له غير بالغ معه فى الكفالة
أو بنفسه فهو باطل لانه لما كان لا يملك الكفالة عن الغير باذن الأب فلا يملك عن الأب

كان ذلك بطريق الاولى لانه في حق نفسه متهم بما لا يثبت به في حق غيره ولو أقر بعد بلوغه انه كفيل بنفس أو مال وهو صبي كان باطلا لان الثابت بالاقرار بعد البلوغ كالثابت معاينة ولو عايناه كفيل في صباه لم ينفذ ذلك بعد بلوغه ولا به أضاف الاقرار الى حال معهودة تنافي تلك الحال الكفالة فكان منكرا للكفالة في الحقيقة لا مقرا بها ولهذا لو ادعى الطالب انه كفيل به بعد بلوغه فالقول قول الصبي مع يمينه ولو أقر انه كفيل به وهو مغني عليه فان عرف ذلك منه فالقول قوله في ذلك لاضافته الكفالة الى معهود ينافي كفالته وان لم يعرف ذلك منه فهو مأخوذ به لاقرار بالالتزام ولو استد ان وصي اليتيم دينا في نفقة اليتيم وأمر اليتيم فضمنه أو ضمنه بنفسه فضمن الدين جائز وضمن النفس باطل لان حاصل الدين على الصبي (ألا ترى) أن الوصي يؤديه من ماله ولو أداه من مال نفسه رجع به عليه فهو بهذا الضمان يلتزم ماعليه بخلاف الكفالة بالنفس فانه يلتزم بها مالم يس عليه * توضيحه انه لو أمر الصبي بأن يستدين ففعله جاز وكان طالب المال فكذلك اذا استد ان بنفسه وأمره حتى ضمن المال ولا يملك مثله في الكفالة بالنفس بأمره وكذلك الاب اذا استد ان على الابن دينا في بعض مالا بد منه وأمره بالكفالة جاز لان تصرف الاب عليه انفذ من تصرف الوصي وان أمره أن يكفل بنفسه لم يجوز والتاجر وغير التاجر في ذلك سواء لان الكفالة ليست من عقود التجارة ولا تجوز الكفالة لصبي لا يعقل ولا المجنون ولا لمغنى عليه وفي رواية حماد رحمه الله ان الكفالة لهؤلاء جائزة في قول أبي يوسف رحمه الله واصل هذا في الكفالة للغائب وقد بينا أن عند أبي يوسف رحمه الله الكفيل ينفرد بالكفالة فيجوز العقد وان لم يقبله أحد ولا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله ما لم يقبل قابل وقبول الصبي الذي لا يعقل والمجنون باطل وتجوز الكفالة للصبي التاجر لأنه من أهل القبول وهذا تبرع عليه لأمه أو بمنزلة الاقراض له وذلك صحيح اذا قبله ولو كفاه رجل بنفس رجل على انه يوافي به الى أجل مسمى فان لم يواف به الى ذلك الأجل فهو ضامن لما ذاب عليه فلو مضى الاجل قبل ان يوافيه به فهو ضامن لما ذاب عليه لوجود شرطه ولكن الذوب انما يتحقق بقضاء القاضى فانما يلزم الكفيل المال اذا قضى به على المكفول عنه لانه ضمن مالا بصفة وليس الكفيل بخصم عنه في اقامة البينة عليه بالمال لان المال مالم يصير مقضيا به على الاصيل لا يلزم الكفيل منه شيء وما لم يصير كفيلًا به لا يكون خصما فيه وان مات الطالب أو المطالب قام وارثه أو وصيه في ذلك مقامه وكذلك لو كفيل بنفسه على انه

ضامن لما قضي عليه أو لما قضي عليه قاضي أهل الكوفة فتقضى بذلك غير قاضي أهل الكوفة فهو لازم للكفيل لانه انما يراعى من الشروط ما يكون مفيداً والتقييد بصفة أن يكون المال مقضياً به على الاصيل مفيد فأما التقييد بكون القاضي به قاضي أهل الكوفة فغير مفيد لان المقصود القضاء لا عين القاضي وفي القضاء قاضي الكوفة وغير قاضي الكوفة سواء ولو كفّل بنفس رجل على انه ضامن لما قضي به على المكفول به وهو ميت والمكفول وارثه فهو جائز مستقيم لان المكفول به بعد موت أبيه مطالب بقضاء دينه من تركته أبيه فهو في الحكم كالذي عليه وكذلك وصى الميت بكفل نفس رجل على انه ضامن لما قضي به على الميت فهو جائز لانه مطلوب بذلك الدين يقضيه من تركته الميت وكذلك الوصى يأخذ من غريم الميت كفيلاً بنفسه ضامناً لما قضي به عليه لانه في ذلك قائم مقام الوصى وكذلك الاب يأخذ من غريم ولده الصغير لانه قائم في ذلك مقام ولده ان لو كان بالغاً ولو أن رجلاً أخذ غريماً بمال لأخيه أو لبعض أهله من غير وكالة من صاحب المال وأخذ كفيلاً منه بنفسه ضامناً لما ذاب عليه فرضى بذلك مدعى المال كان جائزاً لان قبول هذا كان موقوفاً على اجازة الطالب فاذا أجاز له جاز ولو فسخ الكفيل الكفالة قبل أن يرضى صاحب المال فهو منها برىء في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الكفالة عندهما لا تلزم الكفيل الا برضا الطالب وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله وقد بيناه ولو وكل رجلاً بأن يأخذ له كفيلاً عن غريمه بنفسه ضامناً لما قضي به عليه كان جائزاً لان التوكيل صحيح بما يملك الموكل مباشرة بنفسه فان كفّل الكفيل للوكيل فدفعه اليه برىء من الكفالة بنفسه وليس للموكل أن يطالبه بشيء لانه أتى بما التزمه وهو التسليم الى الوكيل لان الوكيل باضاعة العقد الى نفسه جعل نفسه مباشراً للعقد واليه الاستيفاء والمطالبة وان كفّل به للموكل لم يبرأ بدفعه الى الوكيل لانه جعل نفسه رسولاً ولان الكفيل التزم التسليم الى الموكل فلا يبرأ بالتسليم الى غيره وان دفعه الى الموكل برىء في الوجين لان في الفصل الاول الوكيل وان كان هو المباشر للعقد فانما يطالب بموجبها لمنفعة الموكل فاذا حصل المقصود بالتسليم الى الموكل برىء الكفيل ولو وكل رجل رجلاً بأن يعطى ولانا كفيلاً بنفس الموكل ضامناً لما ذاب على الموكل فاعطى الوكيل كفيلاً بذلك فتقضى على الموكل بمال للطالب فانه يأخذ الكفيل بحكم ضمانه وليس للكفيل أن يأخذ الوكيل بذلك لانه كان رسولاً من الموكل اليه فلا عهدة عليه الا أن يكون ضمن له شيئاً فيئخذ يؤخذ بضمانه

(ألا ترى) لو أن رجلاً أمر رجلاً أن يضمن رجلاً بنفسه وإن يضمن ما ذاب عليه لم يكن على الأمر شيء ولا على المكفول به لأن الأمر أشار عليه بالكفالة من غيره ولم يلتزم له شيئاً ولا عهدة على المشير والمكفول عنه لأنه لم يأمره بالكفالة منه فلا يرجع عليه أيضاً وفي الباب الأول يرجع على المكفول به بما أدى من المال لأن أمره وكيله بالكفالة عنه ككفالاته بنفسه والكفيل بالأمر إذا طوب طالب ولو لوزم لازم وإذا حبس حبس وإذا أدى رجع ونسئ بقولنا يطالبه أن يقول اقض حق المطلوب لا تخلص من هذه العهدة ولا يطالبه بأن يدفع إليه شيئاً لأنه ما لم يؤد عنه لا يثبت له حق الرجوع فانه بمنزلة المقرض وبالقرض لا يطالبه بإداء المال وإنما يطالبه بإداء المال بعد اقراض المال منه وذلك إنما يكون عند أدائه فلهذا لا يرجع عليه بالمال ما لم يؤد عنه والله أعلم

باب الكفالة عن الصبيان والمماليك

(قال رحمه الله) وإذا ادعى رجل قبل صبي دعوى وكفل به رجل بغير إذن أبيه فالكفالة لازمة للكفيل يؤاخذ بهذا لأن تسليم النفس للجواب مستحق على الصبي حتى يحضر إن كان مأذوناً أو يحضر وليه إن لم يكن مأذوناً ليقوم وليه في ذلك مقامه فلما التزم الكفيل تسليم ما هو مستحق للتسليم عليه وهو مما تجرى فيه النيابة صح التزامه فان طلب الكفيل أن يحضر معه الصبي ليسلمه إلى خصمه لم يؤاخذ الصبي به وإن كان الصبي طلب ذلك إليه لأن قول الصبي ليس بملزم إياه شيئاً إلا أن يكون تاجراً مأذوناً له فينشد قوله ملزم فيؤمر بالحضور معه لأنه أدخله في هذه العهدة فعليه أن يخلصه بالحضور معه ليسلمه إلى خصمه وكذلك إن كان غير تاجر فادعى عليه مالا فطلب أبوه إلى رجل أن يضمنه فضمنه كان جائزاً ويؤخذ به الكفيل وللکفيل أن يأخذ الغلام به لأن الأب قوله ملزم علي ولده فيما ينفعه وهذا من جملة ما ينفع الصبي فكان قول الأب فيه ملزماً إياه فلهذا يؤمر بالحضور معه فان تفتب فله أن يأخذ الأب حتى يحضره فيدفعه إليه أو يخلصه من ذلك لأن أمر الأب في هذا لما جاز على الولد صار الولد مطلوباً به وكل حق كان الولد مطلوباً به فأبوه مأمور بإيفائه ذلك الحق من ملك الولد كما إذا ثبت عليه دين بالينة فلهذا يؤمر الأب بإحضار الصبي والوصى في هذا بمنزلة الأب لأن فيه منفعة للصبي ولو أمره بأن يكفل بنفسه غلام ليس هو

وصيه أخذ الكفيل بتسليمه لانه قد التزمه ولا يؤمر الصبي بالحضور . لانه ليس للأمر عليه قول ملزم وليس للكفيل أن يأخذ الأمر بشيء لانه أضرار عليه بالكفالة ولم يلزم له بشيء والمعنوه في ذلك بمنزلة الصبي لان ولاية الوصي على المعنوه تثبت كما تثبت على الصبي ولو كفل بنفس صبي على أن يوافي به غدا فإن لم يواف به غدا فعليه ما ذاب عليه فالكفالة بالنفس جائزة وكذلك بالمال ان لم يواف به غدا لوجود شرطه ثم الذوب على الصبي انما يتحقق بقضاء القاضي بالمال على أبيه أو وصيه أو قيم نصبه القاضي نه فاذا وجد ذلك لزم الكفيل ولم يرجع به على الصبي الا أن يكون أمره بالضمان أو الوصي لانه بمنزلة الاقراض والا قراض من الصبي المحجور لا يلزمه به شيء الا أن يكون بأمر وليه فينئذ يكون المال لازما عليه وأمر وليه بذلك كأمره بعد بلوغه وكفالة العبد التاجر أو غير التاجر عن سيده بمال أو بنفسه بغير اذنه باطلة لان الكفالة تبرع وهو منفك المحجر عنه في التجارات دون التبرعات فلا تصح منه الكفالة بالنفس والمال عن المولى بغير اذنه كما لا يصح عن سائر الاجانب وانما يعني بهذا انه لا يطلب به في حال رقه فأما بعد العتق فهو مأخوذ بذلك لانه مخاطب من أهل الالتزام في حق نفسه وان كفل بنفسه باذنه فهو جائز لان المانع من صحة التزامه في الحال حق مولاه دون حق غيره من غرمائه فان الكفالة بالنفس لا تلاقى حق محل الغرماء فلهذا نفذ منه باذن المولى سواء كفل عن المولى أو عن الاجنبي وهذا لان أكثر ما يجب بهذه الكفالة حبسه ان لم يحضر نفس المطلوب وذلك بوقع الحيلولة بين المولى وبين خدمته فلهذا جاز باذن المولى وان كفل عنه بالمال باذنه وليس عليه دين فهو جائز لان الحق في ماليته لمولاه وهو يملك أن يجمله مشغولا بالدين بأن يرهنه أو يقر بالدين وكذلك اذا أذن له حتى كفل عنه فان أداه بعد العتق لم يرجع على سيده وعن زفر رحمه الله انه يرجع عليه لانه قضى دينه من خالص ملكه بأمره فيرجع عليه كما لو أمره بالاداء بعد العتق ولكننا نقول ان الكفالة حين وقعت لم تكن موجبة له شيئا على المولى فان العبد لا يستوجب ديناً على مولاه فلهذا لا يرجع عليه اذا أداه بعد العتق وهذا لما بينا أن الكفالة توجب للطالب على الكفيل حقاً ولا كفيل على الاصيل الا ان ما يجب للكفيل على الاصيل مؤجل الى وقت أدائه ولهذا لو أبرأ الكفيل الاصيل قبل أدائه عنه كان صحيحاً ولا يرجع اذا أدى بعد ذلك فتبين بهذا ان المعبر وقت الكفالة وعند ذلك لم يكن العبد ممن يستوجب شيئا على مولاه وان كان عليه دين يستغرق

قيمته لم يلزمه الكفالة في حال رقه لان المولى في ماليته كاجنبي آخر (ألا ترى) أنه لا يملك شغله بالدين بالاقرار عليه ولا بالرهن فكذلك باذنه بالكفالة عنه ولكن الالتزام منه صحيح في حق نفسه حتى اذا عتق كان مطالبا به وان مات السيد وترك مالا وأعتق العبد عند موته فان غرماء العبد يستسعون في قيمته ولا شيء لغرماء السيد من هذه القيمة لان هذه القيمة بدل مالية العبد وغرماء العبد حقهم أسبق تعلقا بماليته من حق غرماء السيد (ألا ترى) انه لو لم يعتقه حتى مات لكان يباع العبد ويصرف ثمنه الى غرمائه دون غرماء السيد فكذلك حكم هذه السعاية ولكن غرماء السيد يبيعون مال السيد وان شاء غرماء العبد تبعوا مال السيد بقيمة العبد أيضا لانه صار مستهلكا محل حقهم بعتق العبد فوجب لهم قيمة العبد دينا في تركته بعد موته ثم ان عند أبي حنيفة رحمه الله لا تنفذ الكفالة ما لم يفرغ من السعاية لان المستسمى في بعض قيمته عنده كالمكاتب وكفالة المكاتب لم تصح وعندهما متى عتق نفذت الكفالة لانه عندهما حر عليه دين والمكفول له ان شاء اتبع مال السيد لان أصل دينه عليه وان شاء اتبع العبد لصحة كفالته بعد عتقه غير انه لا يشارك غرماءه في تلك القيمة لانها بدل ماليته ولم يثبت له مزاحمة مع غرماء العبد في ماليته فكذلك في بدل المالية فان كان مكان العبد أم ولد فمقت فان صاحب الكفالة يستسعيها مع غرمائها بماليته اذ لا مالية فيها ولكن الديون تقرر في ذمتها بعد العتق فتؤمر بقضاء ذلك كله والمكفول له أخذها والمديرة بمنزلة العبد في ذلك لقيام المالية فيها ولا يرجع واحد منهم على السيد بشيء مما يؤدى عنه من الكفالة لانهم كانوا مملوكين له عند الكفالة والمملوك لا يستوجب الدين على مالكة فان في المديرة ينبغي أن يثبت لغرمائها حق الرجوع في تركة المولى بقيمتها بخلاف العبد لان المولى باعتاق المديرة لم يصير مستهلكا من حق الغرماء شيئا اذ لم يكن لهم حق بيع الرقبة في الدين وانما كان حقهم في الكسب وذلك حاصل لهم قالا هو كذلك ومراد محمد رحمه الله من هذا اللفظ المساواة في ايجاب السعاية في القيمة على المديرة والعبد دون الولد على أن المالية كانت قائمه في المديرة حتى لو غصبها غاصب ضمن قيمة ماليته وكان ذلك لغرمائها فلماذا يجب عليها السعاية في قيمتها لغرمائها كالعبد وكذلك اذا كان المال على السيد من كفالة فأدى عنه العبد كادائه بنفسه فيستوجب الرجوع به على الامة ، وذكروا عن شرح رحمه الله انه قال لا كفالة للعبد ومعناه انه ليس له حق ولاية الكفاة بالنفس والمال منه تبرع التزام به وهو محجور عنه لحق مولاه

وكفالة المدبر والعبد وأم الولد من غير السيد بنفس أو مال بغير اذنه باطلة حتى يعتقوا فإذا
عتقوا الزمهم لان المانع حتى مولاه وإذا أذن له سيده فيها جازت ان لم يكن عليه دين ويباع
العبد في الكفالة بالدين وان كان عليه دين بدى بدينه قبل دين الكفالة وأما أم الولد والمدبر
فانهما يستسعيان في الدين لان رقبتهما ليست بمحل للبيع فكان عليهما قضاء الدين من
كسبهما وهو السعاية فيبدأ بدينهما من سمائتهما ثم بدين الكفالة اذا كان باذن المولى واذا
كفل العبد باذن سيده بنفس رجل ثم اعتقه سيده لم يضمن شيئاً وأخذ العبد بالكفالة لانه
بالاعتاق لم يضع على المكفول له شيء فان حقه في مطالبة العبد بتسليم نفس المكفول به ذلك
بعد العتق وقبله سواء وانما أبطل المولى المالية بالعتق ولا تعلق للكفالة بالنفس بالمالية وان
كانت الكفالة بمال ضمن السيد الاقل من قيمته ومن الدين لان حق المكفول له تعلق بماليته
فان الدين لا يجب على العبد الا شاغلا لماليته وقد ظهر الوجوب في حق المولى باذنه له في
الكفالة فاذا أتلفه بالاعتاق صار ضامنا ذلك للطالب والغريم بالخيار ان شاء اتبع العبد بالمال
لكفالاته وان شاء اتبع السيد لا تلافه مالية الرقبة فان تبع العبد كان للعبد أن يتبع المكفول
به ان كان كفل بأمره وان اتبع السيد كان للسيد أيضاً أن يتبع المكفول به ان كان
المكفول به طلب من السيد أن يأمر عبده وان لم يكن طلب من السيد ولا من العبد
لم يرجع عليه بشيء لانهما تبرعا بالالتزام والاداء عنه واذا كانت قيمة العبد التاجر ألفي درهم
وعليه دين ألف درهم فأمره مولاه فكفل بالف درهم ثم استدان العبد بعد ذلك ألف درهم
ثم باعه القاضى في الدين بألف درهم فان ثمنه يضرب فيه الغرماء الاولون والآخرين بدينهم
كله ويضرب فيه أصحاب الكفالة بالف درهم مقدار الفارغ من قيمته عن الدين يوم كفل
لان التزامه المال بالكفالة باذن المولى انما يصح بقدر الفارغ والفارغ يومئذ كان ألف درهم
(ألا ترى) أن المولى لو أقر عليه بالدين لم يصح الا بقدر الفارغ من ماليته فكذلك اذا أذن
له حتى كفل فاستدانته ملزمة اياه من غير أن يشترط فيه فراغ المالية فثبت عليه جميع ما
استدانته فلماذا ضرب كل غريم من غرمائه بجميع دينه ولا يضرب المكفول له الا بألف
درهم واذا كفل العبد وهو صبي بغير اذن سيده بنفس أو مال ثم عتق لم يلزمه من ذلك
شيء لانه غير مخاطب والتزامه في حق نفسه غير صحيح (ألا ترى) انه لو كفل بعد ما عتق
وهو صبي لم يلزمه بذلك شيء فكذلك قبله وان كان كفل باذن سيده فهو جائز عليه في

الرق وبعد العتق لما بينا أن اذن السيد في الكفالة بمنزلة اقراره عليه بالدين وذلك صحيح عليه في الرق وبعد العتق فكذلك هذا وهذا لان للمولى قولاً ملزماً على عبده وقوله على عبده ألزم من قول الاب على ولده ثم كل دين وجب على الولد باعتبار اذن والده كديون التجارة يكون الوالد مؤاخذاً به بعد البلوغ فكذلك ما يجب على العبد باذن السيد يكون مؤاخذاً به بعد العتق وان كفّل باذن سيده بدين يستغرق قيمته ثم كفّل بدين آخر يستغرق قيمته باذنه أيضاً لم يجز الدين الثاني لان شرط صحة هذا الالتزام فراغ المالية فما لم يقض بالاول لا يصير هذا الشرط موجوداً فلا يثبت الثاني وهو بمنزلة ما لو أقر السيد عليه بدين مستغرق قيمته ثم بدين آخر وكذلك ان كان الدين الاول من تجارته وان عتق قبل ان يقضي دينه لزمه الثاني لان المانع كان اشتغال المالية بحق الاول وقد زال ذلك المعنى بطلان المالية بالعتق فاستوت الديون عليه بعد العتق وان كان مولى العبد صبياً فاذن هو أو أبوه أو وصيه للعبد في الكفالة لم يجز أما الصبي فلانه لا يملك مباشرة الكفالة فكذلك لا يأذن فيه لعبده وليس للأب ولاية الكفالة على الصبي^١ ولا في ماله (ألا ترى) انهم لو أذنوا للصبي حتى كفّل لم يصح فكذلك اذا أذنوا فيه لعبد الصبي وكذلك ان كان مولاه عبداً تاجراً لانه لا يملك الكفالة بنفسه فلا يصح اذنه بذلك لعبده فان أذن المولى لعبده في الكفالة بنفس أو مال فان كان على العبد الاول دين مستغرق لم يجز لانه من كسبه كسائر الاجانب في حق التصرف ما لم يفرغ من دينه وان لم يكن على واحد منهما دين جاز لان الثاني خالص ملكه كالاول فكما تصح الكفالة من الاول باذن مولاه فكذلك من الثاني وان أمر السيد عبده ان يكفل بثلاثة آلاف درهم عن رجل وكفل بها ثم استد ان ثلاثة آلاف درهم وباعه الناضى بألفين فانه يضرب فيها أصحاب الكفالة بدينهم كله وأصحاب الدين بجميع دينهم لان الكفالة من العبد حصلت في حال فراغه من الدين وفقدت في الكل ثم اشتغاله بدين الكفالة لا يمنع وجوب الدين عليه بالاستدانة فيثبت الدينان فيضرب كل واحد من الغريمين في ثمنه بجميع دينه وهو كما لو أقر المولى عليه بثلاثة آلاف درهم ثم استد ان العبد مثل ذلك واذا كفّل العبد وهو يساوي ألف درهم باذن سيده بالف درهم ولا دين عليه ثم كفّل بألف أخرى باذنه أيضاً لم تجز الكفالة الثانية لان بالكفالة الاولى اشتغلت جميع مالية العبد بحق المكفول له وشرط صحة الكفالة فراغ المالية فاذا لم يوجد ذلك عند الكفالة الثانية لم يصح كما لو أقر المولى عليه بدين بقدر

قيمته ثم من آخر فارتفعت قيمته حتى بلغت ألف درهم ثم كفل بألف خري باذن مولاه
 فهو جائز لان شرط صحة الكفالة الثانية قد وجد وهو فراغ المالية عندها بقدرها فان قيل
 اذا رادت قيمته لما لم تشتغل هذه الزيادة بالكفالة الثانية حتى لا تصح الكفالة الثالثة قلنا لان
 شرط صحة العقد انما تعتبر عند وجود العقد لانه يتعذر اعتبار ما بعده فان القيمة تزداد تارة
 وتنتقص أخرى فلهما صححنا باعتبار هذه الزيادة الكفالة الثالثة دون الثانية فان باعه القاضى
 بألفي درهم فأنها تقسم بين المكفول له الاول والمكفول له الآخر نصفين لصحة هاتين
 الكفالتين ولا شيء للاوسط لانه كفل له وليس في قيمته فضل فلم تصح الكفالة له ولا
 مزاحمة بين الصحيح والفساد وكذلك لو باعه بألف وخمسمائة أو بألف درهم لان الكفالتين
 يعنى الاولى والثانية استوتوا في الصحة والمقدار فما يحصل من ثمن العبد قل أو أكثر فهو بينهما
 نصفان حتى يستوفيا حقهما من فضل شيء بان باعه بألفين وخمسمائة أو بثلاثة آلاف فالفضل
 للثانية لان هذا الفضل حق المولى والمولى قد رضى بصرفه الى الكفالة الثانية حين أمره ان
 يكفل بها (لا ترى) ان العبد المديون لو كفل باذن مولاه ثم سقطت ديونه بالاداء يصرف
 كسبه ورقبته الى دين المكفول له فكذلك هنا واداء الرجل لرجل ما ذاب لك على فلان فهو
 على ورضى بذلك الطالب فقال المطلوب لك على ألف درهم وقال الطالب لى عليك ألفان وقال
 الكفيل مالك على شيء فاقول قول المطلوب لان الطالب يدعى عليه لزيادة وهو منكرم
 ما أقربه المطلوب يكون لازما على الكفيل لان القاضى يقضى عليه باقراره فيتحقق الذوب
 في هذا القدر بقضاء القاضى كما يتحقق ان لو قامت البينة فيكون ذلك لازما على الكفيل
 فان قيل في هذا الزام المال على الكفيل بقول المطلوب وقوله ليس حجة عليه فلنا ليس كذلك
 بل فيه ايجاب المال عليه بكفالاته لانه لما قيد الكفالة بالذوب مع علمه أن الذوب قد يحصل
 عليه باقراره فقد صار ملتزما بذلك بكفالاته وكذلك لو قال ما أقر لك به فلان من شيء فهو على
 وما صار لك عليه فهو على وهذا كله استحسان وفي القياس لا يجب على الكفيل شيء اذا
 أنكر الوجوب على المطلوب ما لم يتم البينة بذلك لما بينا ان الاقرار حجة في حق المقر خاصة
 فالثابت باقرار المطلوب ثابت في حقه دون غيره ولكننا ترك هذا القياس للتخصيص من
 الكفيل في الكفالة على ما يقر به المطلوب أو على ما يذوب عليه مطلقا من غير تقييد الذوب
 بشيء وكذلك لو قال ما قضى لك عليه فهو على الا أن هذا لا يلزم الكفيل حتى يقضى على المطلوب

باقراره لانه كفيل بمال مقضى به فما لم يصير المال مقضيا به على المطلوب لا يتقرر الوصف الذي
 قيد الكفالة به ولو قال مالك عليه فهو على لم يلزم الكفيل شيء باقرار المكفول عنه لانه كفيل
 بما هو واجب عليه وقت الكفالة وما بعد ذلك ثبت الوجوب عليه ولم يبين في حق الكفيل أنه
 صار واجبا وقت الكفالة لان الاقرار اخبار في حق المقر ولكن في حق الغير يجعل كالانشاء
 بمنزلة اقرار المريض في حق غرماء الصحة بخلاف ما سبق فان هناك كفيل بما يقر به في
 المستقبل أو بما يلزمه في المستقبل أو بما يقضى عليه به في المستقبل وذلك يثبت باقراره حتى لو قال
 ما كان اقرب به لك فلان أمس فهو على فقال المطلوب قد اقررت له أمس بألف درهم ووجد ذلك
 الكفيل فلا شيء عليه لانه كفيل بمال سبق الاقرار به من المطلوب على الكفالة ولا يتبين ذلك
 باقراره بعد الكفالة في حق الكفيل لانه متهم في ذلك فلا يجب على الكفيل الا ان يقيم البينة
 على اقراره بذلك أمس فيثبت الثابت بالبينة كالتأبث بالمعينة ولو قال ما أقرك به من شيء فهو
 على فقامت عليه البينة انه قد أقر قبل الكفالة بألف درهم لم تلزم الكفيل الا ان يقربها بعد
 الكفالة لان هذا اللفظ انما يدخل فيه اقرار يكون منه في المستقبل لا ما كان منه في الماضي وكأنه
 أورد هذا الفصل لايضاح الفرق الأول وماقضى به القاضى بنكوله عن المدين لم يلزم الكفيل
 لانه انما كفيل بما يقر به والنكول بدل عند أبي حنيفة رحمه الله وليس باقرار وعندهما هو قائم
 بمقام الاقرار لضرورة فصل الخصومة وذلك في حق الخصمين دون الكفيل فاذا لم يكن
 بمنزلة الاقرار في حق الكفيل لا يلزمه شيء واذا ادعى رجل قبل عبد دعوى فكفل مولاه
 بنفسه فهو جائز لانه اتزم تسليم ما يقدر على تسليمه وهذا الفصل في الكفالة بالنفس أقرب
 الى الجواز من غيره لان له ولاية على عبده بسبب ملكه فيقدر على تسليمه وكذلك كفالة
 المولى عن العبد بالمال جائزة لان العبد يصح أن يكون مطلوبا بالمال فلو كفله عنه أجنبي صح
 فكذلك مولاه فان قيل دين العبد مستحق القضاء من ماله وهو ملك مولاه فأى فائدة
 في هذه الكفالة قلنا الفائدة شغل ذمة المولى اما بالمطالبة أو بأصل الدين واستحقاق قضاءه من
 سائر أمواله وهذا اذا لم يكن ثابتا قبل الكفالة واذا أدى المال لا يرجع به على عبده وان أداه
 بعد عتقه لم يستوجب المولى عليه شيئا فان المولى لا يستوجب على عبده ديننا وقد بينا أنه متى
 لم يجب عند الكفالة للكفيل على المكفول عنه لا يجب بعد ذلك وان أحال العبد غريبا له على
 مولاه بدينه على ان يبرأ العبد فمات المولى ولا مال له الا العبد وعلى العبد دين كثير فله محتال

له أن يرجع على العبد لأن مالية العبد مستحقة بديونه وقد مات المولى ولا مال له إلا العبد مفلسا ومن أصلنا أن الحوالة تبطل بموت المحتال عليه مفلسا على ما نبينه في بابها إن شاء الله تعالى وإذا بطلت الحوالة يعود دين المحتال له إلى العبد فيضرب بدينه في مالية العبد مع غرمائه وإن كفّل المولى عن عبده بدين ثم أبرأ صاحب الدين المولى الكفيل كان فسخا للكفالة وذلك لا يسقط الدين عن الأصيل (ألا ترى) أن قبل الكفالة كان المال واجبا على الأصيل فكذلك بعد انقضاء الكفالة يبقى المال على الأصيل وهذا بخلاف الهبة من الكفيل لأن الهبة تملك فلا يمكن تصحيحه إلا بتحويل الدين إلى ذمة الكفيل فهذا يسقط عن الأصيل فاما الإبراء فاسقاط محض واسقاط المطالبة دون أصل الدين صحيح فكان إبراء الكفيل اسقاطا للمطالبة عنه فيبقى المال على الأصيل بحاله وإن أبرأ العبد برئا جميعا لأن إبراء الأصيل اسقاط لأصل الدين وذلك يوجب براءة الكفيل ضرورة فإن كفّل المولى بنفس عبده وضمن مآذبا عليه وغاب العبد تاجرا فإن المولى يؤخذ بنفسه لكفالاته ولا يكون خصما فيما على العبد حتى يحضر العبد فيخاصم فإذا قضى عليه لزم المولى لأنه إنما ضمن ما يذوب على العبد بل ولا يتحقق الوجوب على العبد ما لم يقض عليه القاضي بحضرة وما لم يثبت ضمان المالك لا يكون هو خصما فيه وقد سبق نظيره في الحر فكذلك في العبد سواء كان عليه دين أو لم يكن لأن المولى ليس بخصم فيما على عبده بدون الضمان وإذا كان لرجل على عبد تاجر ألف درهم ولا آخر على ذلك الرجل ألف درهم فأحاله بذلك على العبد أو ضمنه العبد له بأمره فهو جائز لأنه لا يلتزم بهذه الحوالة والضمان شيئا لم يكن عليه إنما يلتزم ما هو عليه فلا يتحقق معنى التبرع في هذا الالتزام وكذلك وصى الصبي لو استدان مالا وأنفق عليه ثم أمر الصبي بأن يضمن هذا المال جاز لأنه ليس بالزام للمال بل فيه التزام لما عليه كذا هنا وفي الحقيقة هذا أمر من غريم العبد للعبد بأن يدفع ماله عليه إلى غريمه أو يوكل غريمه في أن يقبض من العبد ماله عليه وكما يملك أن يطالب بنفسه يملك أن يوكل غيره (ألا ترى) أن المال لو كان عينا في يد العبد للأمر فأمره أن يدفعه إلى مديونه صح فكذلك إذا كان دينا في ذمته ولو كفّل رجل بنفس عبد محجور عليه بأمره فإن الكفيل يؤخذ بالكفالة لأن العبد مخاطب وتسليم النفس عليه لجواب الخصم مستحق وإنما تأخر ذلك عنه لحق المولى فتصح الكفالة بذلك عنه كالمال فإن العبد المحجور لو أقر لانسان بمال ثم كفّل به عنه انسان صح وليس لهذا الكفيل أن يتبع العبد بذلك حتى

يعتق كما أن الطالب لا يطالبه بذلك حتى يعتق فإذا أعتق أتبعه بكفالاته حتى يبرئه منها لأنه أمره بهذه الكفالة وأمره في حق نفسه صحيح فكان مطالبا به بعد العتق ولو كان على المكاتب مال لرجل فكفل به عنه لا خر كان جائزا بخلاف كفالة المكاتب بالنفس أو بالمال فإن ذلك تبرع واصطناع معروف وهذا ليس بتبرع وإنما هو التزام مال أصله عليه ولا فرق في حقه بين أن يدفعه إلى الأول أو إلى الثاني فلهذا صححت الكفالة وإن أمر المكاتب عبده أن يكفل بمال على المكاتب فهو جائز لأن المكاتب ملتزم فصار هذا الدين من كسبه وعبده كسبه فليس في هذه الكفالة إلا استحقاق ما هو مستحق بخلاف ما إذا أمره أن يكفل عن غيره فإن ذلك التزام بطريق التبرع فيما ليس عليه ولا يملك المكاتب مباشرة بنفسه فكذلك لا يملك أن يأمر عبده به ولو أن رجلا طلب من مكاتب أو عبد تاجر أن يشتري له متاعا بمال مسمى ولم يدفع إليه شيئا فاشتري العبد كان شراؤه في القياس لنفسه دون الأمر لأنه ملتزم المال في ذمته بعوض يحصل للأمر فيكون هذا بمنزلة الكفالة (ألا ترى) أنه لو أمره بالشراء له بالنسيئة لم يصح فكذلك بالتد وفي الاستحسان هذا جائز لأنه من صنع التجار وهو محتمل إليه فإن من لا يعين غيره لا يمان ثم المشتري محبوس في يده حتى يستوفي الثمن من الأمر بخلاف الكفالة والشراء بالنسيئة وقد بينا هذا في كتاب الوكالة وذكر عن إبراهيم رحمه الله قال لا يجوز كفالة الرجل عن المكاتب بالمكاتب لمولاه وبه نأخذ لأن المكاتب عبد والمولى لا يستوجب على عبده دينا ولأن ما للمكاتب على المكاتب بصفة لا يمكن إيجابه بتلك الصفة على الكفيل لأن المكاتب يتمكن من أن يسقط عن نفسه المال بأن يعجز نفسه ولا يمكن إثباته في ذمة الوكيل الكفيل بهذه الصفة ولو أثبتناه في ذمة الكفيل لا ثبتناه أكثر مما هو واجب في ذمة الأصيل وذلك لا يجوز وكذلك لو كان للمولى عليه دين سوى مال الكتابة وكفل به رجل لم يجز للمعنين الذين ذكرناهما فإن المكاتب إذا دجى نفسه فكما يسقط عنه بدل الكتابة فكذلك تسقط سائر ديون المولى وكذلك لو كان له مكاتبان كل واحد منهما مكاتب على حدة فكمل أحدهما بمال على صاحبه للمولى من الكتابة أو الدين لم يجز لأنه كفالة لمكاتب ولا كفالة للمولى عن المكاتب وذلك غير صحيح من الحر فلاز لا يصح من المكاتب كان أولى ولو كان بينهما مكتبة واحدة وجعل نجومها واحدة فإذا أديا عتقا وإن عجز اردا كان ذلك جائزا استحسانا وفي القياس هذا لا يجوز لأنه كفالة لمكاتب ولأنه كفالة ببدل الكتابة

ولكنه استحسن فقال المولى جعلهما في هذا الحكم كشخص واحد فكانه التزم جميع المال كل واحد منهما ثم علق صاحب بآدائه وله هذه الولاية ولهذا كان له أن يأخذ كل واحد منهما بجميع الكتابة إلا أنه في حق ما بينهما إذا أدى أحدهما جميع البدل رجع على صاحبه بنصفه فاما في حق المولى فالمال عليهما كشيء واحد حتى أنه لو أدى أحدهما نصيبه من البدل لا يعتق لان المولى ماضي بعقدهما ولا عتق أحدهما حتى يصل اليه جميع البدل وإذا دان المولى أحدهما ديناً بعد الكتابة فكفل الآخر لم يجز لانه لم يكن على هذا الآخر من الدين شيء ولا تعلق عتقه بآدائه فكان هذا التزاماً منه بطريق التبرع ثم هو التزم الدين عن المكاتب لمولاه وذلك باطل بخلاف الاول فان عتقه تعلق بآداء ذلك المال فيجوز أن يكون هو ملتزماً بآدائه ولو كان للمكاتب مال على رجل فأمره فضمه لمولاه من الكتابة أو من دين له سوى ذلك فهو جائز لان أصل ذلك المال واجب على الكفيل فهذا في الحقيقة أمر له منه بدفع ما عليه الى مولاه أو توكيل مولاه أن يقبض دينه من غريمه وذلك مستقيم ولو كان للمولى دين على ابن المكاتب أو على رحم محرم منه أو على عبده فكفل به لم يجز لان من دخل في كتابته فهو مكاتب لمولاه وكفالة الرجل على المكاتب لمولاه باطلة ومن لم يدخل في كتابته فهو عبد للمكاتب والدين الذي للمولى على عبد المكاتب بمنزلة الدين له على المكاتب لان كل واحد منهما يسقط بعجز المكاتب فكما لا تجوز الكفالة للمولى بماله على مكاتبه فكذلك بماله على عبد مكاتبه وان كفله به المكاتب عن عبده أو أم ولده جاز لان كسبهما ورقبتهما كذلك (ألا ترى) انه إذا أدى بدل الكتابة يقرر ملكه فيها فكان الواجب على ملكه بمنزلة الواجب عليه وتبين بهذا انه بهذه الكفالة ليس ملتزم ما ليس عليه بطريق التبرع وان كفله به عن ابنه أو عن أحد أبويه لم يجز أما اذا كان حراً فقير مشكل وكذلك ان كان داخلاً في كتابته لان من دخل في كتابته فهو بمنزلة المكاتب لمولاه (ألا ترى) ان بآدائه يعتق كما يعتق المكاتب وان كان في الحال لا تصح منه الكفالة والتبرعات كما لا تصح من المكاتب فكفاله أحد المكاتبين عن الآخر باطلة وان كان المولى واحداً واذا مات مولى المكاتب وكفل رجل بماله عليه من الكتابة أو غيرها للورثة لم يجز لانهم قائمون مقام المورث فكما لا تصح كفالة هذا الرجل للمورث عنه في حياته فكذلك لو ارث بعد وفاته فان قيل الوارث لا يملك رقية المكاتب فلماذا لا تصح الكفالة قلنا هو بمنزلة المالك علي معنى انه اذا عجز كان مملوكاً مع

أن المانع من الكفالة ضمف ذلك الدين في حق الاصيل حتى انه يسقط عنه اذا عجز نفسه وفي هذا لافرق بين المولى وبين وارثه بعد موته ولو كان للمكاتب دين على بعض الورثة وكفل به رجل أو كفل بنفس المطلوب كان جائزا لان الاصيل مطلوب بهذا المال مطلقا فتصح كفالة الكفيل به (ألا ترى) أن المال لو كان للمكاتب على مولاه لم يكن من جنس الكتابة وكفل به رجل للمكاتب عن المولى صح فكذلك وارثه بعد موته واذا ادان العبد التاجر لمولاه دينا ولا دين عليه وأخذ منه كفيلا بذلك فالكفالة باطلة لان العبد لا يستوجب الدين على مولاه اذا لم يكن عليه دين فان دينه كسبه وكسبه ملك المولى ومن ملك ما في ذمته سقط ذلك عنه وان كان على العبد دين فالكفالة جائزة لان كسبه حق غرمائه فيتحقق واجبا في ذمة المولى كما يتحقق واجبا في ذمة غيره فلهذا صحت الكفالة به عنه والكفالة بالنفس في ذلك مثل الكفالة بالمال لانه اذا لم يكن على العبد دين فخصومته مع المولى لا تلزم المولى تسليم النفس اليه للجواب فلا تصح الكفالة بتسليم نفسه أيضا واذا كان عليه دين فانه يستحق على المولى تسليم النفس للجواب فيصح الزامه بالكفالة أيضا وكذلك أخذ هذا الكفيل بنفس مولاه في خصومة شيء يدعيه قبله وكيلا في خصومته فهو جائز اذا كان عليه دين لان الجواب لما كان مستحقا على المولى صح توكله به وان لم يكن عليه دين فهو باطل لان الجواب غير مستحق له على المولى فكذلك على وكيله لان العبد اذا لم يكن عليه دين فخقه لمولاه ويكون هذا بمنزلة التوكيل من المولى عبده في ان يخاصم نفسه وذلك باطل وكذلك لو كفل الوكيل بنفس المولى وضمن ما عليه وهو مائة درهم فهو على التقسيم الذي قلنا فان مات المولى وعلى العبد دين فلعبد أن يستوفي المال من الكفيل لصحة الكفالة ويرجع به الكفيل في تركة المولى لانه كفل عنه بأمره وأدى وكذلك لو كان المولى صبيا وقد أذن أبوه أو وصيه لعبده في التجارة فاستهلك الصبي شيئا لعبده وعليه دين فضمن ذلك واجب عليه كمالوا استهلكه على غريم العبد فاذا أخذ منه كفيلا بالمال برضا الاب أو الوصي كان ذلك جائزا لانه دين مستحق عليه يؤمر الاب والوصي بقضائه من ماله فتصح كفالة الكفيل به واذا كان بأمر الاب أو الوصي رجع الكفيل عليه اذا أداه واذا كفل الكفيل للعبد بمال عن مولاه وعلى العبد دين فأدى العبد دينه برئ الكفيل من الكفالة لان صحة هذه الكفالة باعتبار الدين على العبد حتى اذا لم يكن عليه دين لا تصح الكفالة فاذا سقط الدين فقد انعدم المعنى الذي

به كانت الكفالة وان عتق قبل أن يؤدي دينه ثم أداه من مال اكتسبه بعد العتق أخذ الكفيل بالمال لأن الأصل أن العبد المديون إذا أدى دينه بعد العتق من مال اكتسبه بعد العتق لا يكون متبرعا بالأداء ولكن يرجع بالمؤدى فيما اكتسبه قبل العتق وما اكتسبه قبل العتق هو الدين الذى له على مولاه فإذا لم يسقط ذلك الدين عن المولى بقى الكفيل على كفالته وان أداه من مال كان له فى الرق برىء الكفيل من الكفالة لأنه لا يستوجب الرجوع بالمؤدى فى كسبه فصار ما فى ذمة المولى حقا له فبالخلوص يسقط عنه وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل وكذلك هذا الحرف فيما إذا أدى دينه فى حال الرق فان ما فى ذمة المولى يخلص له ويسقط عنه وبراءته توجب براءة الكفيل وكفالة الرجل للمكاتب بنفس مولاه أو بدين له عليه جائزة لأن المولى فى كسب مكاتبه أنفذ منه فى كسب عبده المديون وقد بينا صحة كفالة العبد عن مولاه إذا كان مديونا فللمكاتب أولى وكذلك لو كفل بنفسه وضمن ما ذاب عليه أو جعله كفيلاً بنفسه وكفاً فى خصوصته وهذا بخلاف كفالة المولى عن المكاتب لأن دين المولى على مكاتبه لا يقوى حتى يملك المكاتب اسقاطه بالتمجيز فامادين المكاتب على مولاه قى فأن المولى لا يملك اسقاطه الا بالأداء فلهذا صحت الكفالة به وكذلك لو كفل عن المولى بدين لابن المكاتب أو أبعد من ذلك وابن المكاتب بمنزلة المكاتب لأن من دخل فى كتابته فهو مكاتب للمولى والمستسعى فى بعض قيمته بعد ما عتق بعضه بمنزلة المكاتب وفى قول أبى حنيفة رحمه الله لا يجوز كفالة أحد عنه بالسعاية لمولاه ولا بنفسه * فان قيل المعنى الذى لاجله لا تجوز الكفالة ببدل الكتابة عن المكاتب للمولى لأنه ضعيف يملك المكاتب اسقاطه بالتمجيز وهذا لا يوجد فى السعاية فانه لا يملك اسقاطه بالتمجيز اذ ليس له ان يعجز نفسه فينبغى ان تصح الكفالة قلنا بل المعنى أن المكاتب عبداً لا يقوى دين المولى فى ذمته لأنه ليس للعبد ذمة قوية فى حق مولاه وهذا موجود هنا فالمستسعى عنده بمنزلة المكاتب لأن الرق يتجزأ عند أبى حنيفة رحمه الله فلا يعتق نصيبه ما لم يؤد حق السعاية وكذلك العتق عند الموت اذا لم يخرج من الثلث فلزمته السعاية فهذه السعاية بمنزلة بدل الكتابة على معنى أنه لا يعتق الا بأدائها فلا تصح الكفالة بها عند المولى وهذا بخلاف ما اذا أعتق عبده على مال فكفل كفيل للمولى بذلك المال صحت الكفالة لأنه عتق هناك بنفس القبول فكان المال ديناً قوياً فى ذمته كسائر الديون والمستسعى لا يعتق الا بالأداء فلا يكون

المال لازما في ذمته بصفة القوة وهذا لان العتق في الأصل صلة وكل مال يحصل بأدائه
 العتق أو يتم بأدائه العتق يكون في معنى الصلة فلا تصح الكفالة به فاما الواجب بعد تمام
 العتق فليس فيه معنى الصلة فتصح الكفالة به واذا كان العبد التاجر بين رجلين فادانه أحدهما
 دينا وأخذ منه كفيلا به أو بنفسه فهو جائز غير انه لا يلزم الكفيل الا نصف المال لانه انما
 يجب على الكفيل بالكفالة ما هو واجب على الاصيل وهو العبد نصف المال لان حصة المولى
 المدينة لا تجب عليه فان المولى لا يستوجب الدين على عبده وانما ثبت بحصة نصيب الآخر
 وذلك نصف المال فوجب على الكفيل ذلك أيضا وكذلك لو كان العبد هو الذي ادان أحد
 موليه وأخذ منه كفيلا بنفسه أو بالمال فهو جائز يؤخذ ان كان على العبد دين لان جميع الدين
 هنا ثابت للعبد على المولى الذي له النصف لانه غير مملوك والنصف الآخر لقيام الدين عليه
 وان لم يكن عليه دين ثبت نصف الدين عليه وهو نصيب المولى الآخر فاما نصيبه من
 كسب العبد في خالص حقه فتصح الكفالة عنه للعبد بالنصف هنا دون النصف الآخر
 وكذلك شريك المولى شركة مفاوضة لو ادان العبد دينا فأخذ منه كفيلا بنفسه أو بالدين فهو
 جائز غير انه يبطل من حصة المولى من الدين نصفها بقدر ملكه وما سقط عن الاصيل سقط
 عن الكفيل بقدره ولو كان للمولى شريك شركة عنان فادان العبد وأخذ منه كفيلا بنفسه أو
 بالدين فهو جائز لان شريكي العنان فيما ليس من شركتهما كسائر الاجانب فكان جميع دينه
 مستحقا على العبد فتصح الكفالة ولو ان المولين جميعا ادانا العبد دينا واحدا بعقد واحد وفي
 صفقة واحدة فأخذنا منه كفيلا بالمال أو بنفسه فهو جائز غير انه يبطل منه مقدار حصته لانه
 لا يستوجب الدين على ملكه وبقدر ما يبطل عن الاصيل يبطل عن الكفيل ولو أن العبد
 أدان موليه دينا وأخذ منهما كفيلا به فهو جائز غير انه يبطل من كل واحد منهما نصف
 الدين لان نصف كسب العبد خالص كل واحد منهما اذا لم يكن على العبد دين ولو كان
 للعبد دين على رجل فكفل به أحد موليه أو كفل بنفسه فهو جائز يؤخذ به كله ان كان
 عليه دين لان كسبه حق غرمائه فالموليان منه كسائر الأجانب وان لم يكن عليه دين أخذ
 بنصفه لان نصف كسبه للمولى الذي كفل ولا يجب له بالكفالة على نفسه فلماذا كان له عليه
 الكفالة بقدر نصيب شريكه وان كفل له الموليان جميعا بمال وكل واحد منهما كفيل ضامن
 عن صاحبه فان كان على العبد دين فهو جائز لانه ان كفل به أحدهما جاز فكذلك اذا كفلا

به لانهما كسائر الاجانب في كسبه وأيهما أدى اليه المال رجع على صاحبه بنصفه ليستويا في
 غرم الكفالة كما استويا في أصل الكفالة وان لم يكن عليه دين بطل عنهما نصف هذا الدين
 لان كل واحد منهما مالك لنصف كسبه ولا يملك لنفسه بنفسه فلهذا بطل عنهما نصف هذا
 الدين ولا يكون كل واحد منهما كفيلا من قبل صاحبه لان كل واحد منهما انما يضمن
 بأصل الكفالة صاحبه فلا يجوز ان يصير صاحبه كفيلا عنه بذلك اذ يكون كفيلا بنفسه
 وذلك باطل ولو كفل ما جازت فيه كفالة المسلم عن المسلم والذي عن الذي جاز لان الكفالة
 من المعاملات وأهل الذمة يستوون مع المسلمين في المعاملات ولو كفل الذي عن الذي للذي
 بالخمر من قرض أو غصب أو استهلاك صحت الكفالة لان الخمر مال متقوم عندهم فان أسلم
 الطالب سقطت الخمر عن الاصيل والكفيل جميعا لا الي بدل لانه لا يستوجب الخمر ولا
 قيمتها ابتداء بهذا السبب على أحد فكذلك لا يتي ما كان واجبا له ويجعل باسلامه له كبرى
 الاصيل والكفيل جميعا وان أسلم المطلوب فكذلك الجواب عند أبي حنيفة وأبي يوسف
 رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يجب على المطلوب قيمة الخمر ويبقى الكفيل على كفالته وهي
 رواية زفر رحمه الله وخالفه أبو حنيفة رحمه الله لان اسلام المطلوب لا يمنع وجوب قيمة الخمر
 عليه للذي ابتداء (ألا ترى) انه لو استهلك المسلم خمر ذى أو استقرض من ذى خمر فالتفها
 كانت مضمونة عليه بالقيمة فكذلك تبقى القيمة على المسلم للذي وقد جعلنا الطالب باسلامه
 كالمبرىء والاطلوب لا يمكن ان يجعل باسلامه كالمبرىء لانه لا يبرىء نفسه وان لم يبرأ الاصيل
 لا يبرأ الكفيل فيكون للطالب الخيار ان شاء رجع على الاصيل بقيمة الخمر وان شاء رجع
 على الكفيل بالخمر ثم الكفيل يرجع على الاصيل بقيمة الخمر ان كان كفلا بأمره ووجه قول
 أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ان الخمر التي هي بدل القرض اذا سقطت بالاسلام تسقط
 لا الى بدل كما اذا سقطت باسلام الطالب وكان المعنى فيه أن الطالب لو استوفى القيمة لسكان
 به مملكا من المطلوب الخمر التي في ذمته ولا يجوز تملك الخمر من المسلم ببطل قد سقط أصلا
 لان حق اسقاط البطل متى كان متعلقا بشرط تملك المبدل فاذا امتنع ذلك يسقط أصلا كمن
 هشم ثوب ففضة لانسان فلصاحب القلب ان يضمه قيمته من خلاف جنسه بشرط ان يملكه
 المشوم فاذا امتنع من ذلك لا يرجع عليه بشئ بخلاف ما اذا كان المطلوب مسلما وقت
 الاستقراض والاستهلاك فان أصل الخمر هناك لا تجب في ذمته ابتداء وانما تجب القيمة ولا

يشترط لوجوب القيمة ملك ما يقابله كمن غصب مدبراً أو أثلقه يضمن قيمته من غير أن يملك المدبر به فإذا سقطت عندهما الخمر عن المطلوب لا إلى بدل برى الكفيل لأن إبراء الاصيل يوجب براءة الكفيل ولو أسلم الكفيل خاصة سقطت الخمر عن الكفيل لا إلى بدل في قول أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله ولكن براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل وكانت الخمر للطالب على المطلوب على حالها وعند محمد رحمه الله الطالب بالخيار إن شاء رجع على الكفيل بقيمة الخمر لأنه مطلوب وإن شاء رجع على الاصيل بالخمر فإن أخذ من الكفيل قيمة الخمر لم يرجع الكفيل على الاصيل بشئ لأنه مطالب في حق الاصيل وإسلام الطالب يسقط الخمر لا إلى بدل وإن أسلموا جميعاً يسقط الخمر لا إلى بدل لأن في إسلامهم إسلام الطالب وزيادة وكذلك إن أسلم الطالب والكفيل أو الطالب والاصيل فإن أسلم الكفيل والاصيل سقطت الخمر لا إلى بدل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ويتحول إلى القيمة عند محمد رحمه الله فإذا استوفاه من الكفيل لم يرجع الكفيل على الاصيل لأنه طالب في حقه ولو كانت الخمر من ثمن بيع والمسئلة بحالها فإن أسلم الطالب أو المطلوب سقطت الخمر لا إلى بدل بالاتفاق لانفساخ البيع بينهما بإسلام أحدهما قبل قبض الخمر وإن أسلم الكفيل خاصة فالبيع يبقى على حاله ويسقط الخمر لا إلى بدل من الكفيل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يتحول إلى القيمة لأن ما في ذمة الكفيل بمنزلة القرض ولو كانت الخمر سلماً والمسئلة بحالها فإن أسلم الطالب والمطلوب سقطت لا إلى بدل لانفساخ العقد بينهما وإن أسلم الكفيل يبقى العقد بين رب السلم والمسلم إليه ولكن يبرأ الكفيل بالاتفاق لأنه لا يجوز أن يتحول حق رب السلم إلى القيمة ديناً في ذمته فإن الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز ولو كانت الخمر صداقاً والمسئلة بحالها فتقول أما بيان قول أبي حنيفة رحمه الله لصداق أما أن يكون خمراً أو خنزيراً بعينه أو بغير عينه فإن كان بعينه وقد كفل به كفيل فهو صحيح لأن الصداق مضمون بنفسه في يد الزوج والكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها صحيحة كالمغصوب وسواء أسلم الزوج والمرأة أو أحدهما أو أسلموا جميعاً فبقى حقها في المين كما يباه في كتاب النكاح فيكون لها أن تأخذ العين من الزوج وإن شاءت طالبت الكفيل بالتسليم لأن الزوج لما بقى بالتسليم بعد إسلامه يبقى الكفيل مطالباً به أيضاً وإن كان بغير عينه فإن كان خمراً وأسلمت المرأة فخفها في ذمة الزوج في قيمة الخمر ويبرأ الكفيل من

الكفالة لأنها طالبتة وما في ذمة الكفيل بمنزلة بدل القرض فانه غير واجب بالنكاح بل
 انما وجب بالكفالة فيسقط باسلام الطالب لا الى بدل فأما في ذمة الزوج فصدادق واسلامها
 يحول الحق الى قيمة الخمر في صدق بغير عينه عند أبي حنيفة رحمه الله وان أسلم الزوج
 ختمها عليه في قيمة الخمر وان شاءت طالبت الكفيل بالخمر لان الاصيل ما برى باسلامه بل تحول
 الى القيمة في حقه لتعذر تسليم عين الخمر عليه ولم يتعذر ذلك على الكفيل فان استوفت الخمر
 من الكفيل لم يكن للكفيل ان يرجع على الزوج بشيء لانه بمنزلة المقرض من الاصيل وعند
 أبي حنيفة رحمه الله اسلام المستقرض يسقط الخمر لا الى بدل وان أسلم الكفيل فانها ترجع على
 الزوج بالخمر وقد برى الكفيل لان ما في ذمته بمنزلة القرض واسلام المطلوب عنده يسقط
 الخمر لا الى بدل وان كان خنزيرا بغير عينه فان أسلمت المرأة فلها مهر مثلها على الزوج ولا شيء
 على الكفيل من ذلك لان الخنزير قد سقط ومهر المثل دين حادث على الزوج والكفيل لم
 يكفل به وان أسلم الزوج فكذلك الجواب لان الزوج قد برى عن الخنزير أصلا فبرأ
 الكفيل ببراءته ومهر المثل دين حادث على الزوج فليس على الكفيل منه شيء وان أسلم
 الكفيل سقط عنه الخنزير لا الى بدل ولها على الزوج الخنزير أو قيمته على حاله فأما على قول
 أبي يوسف رحمه الله فالجواب في الفصول كلها كما هو قول أبي حنيفة رحمه الله في الخنزير
 بعينه وعلى قول محمد رحمه الله الجواب في الفصول كلها لجواب أبي حنيفة رحمه الله في الخمر
 بغير عينها الا في فصلين (أحدهما) فيما اذا أسلم الزوج وأدى الكفيل عين الخمر فعند محمد
 رحمه الله يرجع الكفيل على الزوج بقيمة الخمر لانه مطلوب في حقه واسلام المطلوب عند
 محمد رحمه الله يسقط الخمر الى القيمة (والثاني) فيما اذا أسلم الكفيل عند محمد رحمه الله فلها
 الخيار ان شاءت رجعت على الزوج بالخمر وان شاءت على الكفيل بقيمة الخمر لان الكفيل
 مطلوب في حقها واسلام المطلوب عنده يسقط الخمر الى القيمة ولو كفّل لذي الخمر عن الذمي
 لمسلم فهو باطل لان المسلم لا يستوجب الخمر ديناً على أحد ولا يكون له الخمر ايضاً عينا مضمونة
 على أحد الا تصح الكفالة بها له وكذلك ان كفّل عن مسلم لذي بخمر لان الخمر لا يكون
 ديناً في ذمة المسلم لاحد والكفالة بما ليس بواجب في ذمة الاصيل باطلة وكذلك لو كفّل
 مسلم لذي عن ذمي بخمر فهو باطل لان المسلم لا يلتزم الخمر بشيء من العقود لأحد فكذلك
 بالكفالة لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم وكفالة الذمي بالخمر للعبد التاجر الذمي

والمكاتب الذي جائزة وان كان مولاها مسلما لانهما يتصرفان لانفسهما والمعتبر في التصرف في الخمر في حقهما دينهما لادين مولاها فان كانا ذميين جازت الكفالة لهما بالخمر كما لو كانا حريين واذا كاتب الذي عبيد له ذميين على خمر مسماة وكل واحد منهما كفيل عن الآخر فأسلم احدهما صارت كلهما قيمة لان جواز العقد كان باعتبار انهما في هذا العقد كشخص واحد ولولا ذلك لم يصح لاعتبار معنى الكفالة فاذا كانا كشخص واحد يجعل اسلام أحدهما في حكم التحول من الخمر الى القيمة كاسلامهما * توضيحه انه لا يمتق واحد منهما الا اذا أدى جميع البدل الى المولى ولو تحول نصيب المسلم منهما الى القيمة ونقي نصيب النصراني منهما خمر التميز ما على أحدهما مما على الآخر فيعتق أحدهما بآداء ما عليه وذلك خلاف شرط المولى فاما ان يبقى الكل خمر او يتحول قيمة وابقاؤه خمر بعد اسلام أحدهما لا يصح فيتحول الكل الى القيمة وكذلك اذا كان عبد واحد مكاتب لزميين على خمر فأسلم أحدهما لما بينا انه لا يتميز نصيب أحدهما عن نصيب الآخر وقد صح تحول نصيب المسلم منهما الى القيمة فيتحول نصيب الآخر أيضا ضرورة ولو كاتب النصراني عبدا مسلما وعبدا نصرانيا على خمر وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه لم يحز لانهما كشخص واحد في هذا العقد وقد بطل نصيب المسلم فكذلك النصراني اذ لو جوزنا العقد في نصيب النصراني لايبقى جعل المسلم كفيلة به والمولى ما رضى الا بذلك ولو غصب ذمي من ذمي خمر او خنزيرا فكفل به عنه مسلم لم يحز ان كانا قائمين لان المسلم كما لا يلتزم الخمر والخنزير في ذمته دينا بالعقد فكذلك لا يلتزم تسليم عيني الخمر والخنزير بالعقد وان كانا قد هلكا قبل الكفالة صارت الكفالة بما عليه من ضمان الخنزير ولم يحز في الخمر لان الخمر مضمونة على الغاصب بالمثل فالكفيل المسلم انما يلتزم الخمر في ذمته بالكفالة وذلك لا يجوز فاما الخنزير فمضمون بالقيمة والقيمة دراهم فصح التزام ذلك بالكفالة ولو كان الغاصب مسلما جازت كفالته عنه في الخمر أيضا بعد هلاكها لان خمر الذي مضمونة على المسلم بالقيمة كالخنزير والقيمة دراهم فاذا كانت الكفالة تكون بالقيمة بعد هلاكها فهذا مسلم التزم دراهم هي دين على الاصيل بالكفالة وذلك صحيح

❦ باب الكفالة بالمال ❦

(قال رحمه الله) وفيه حديث أبي امامة رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله

عليه وسلم يقول العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضى والزعيم غارم والمنحة نوع من العارية ولكن فيها معنى العطية فان من أعار غيره شاة أو ناقة ليشرّب لبنها يسمى ذلك منحة ولهذا قلنا ان من منح غيره شيئا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدار والدابة والثوب يكون عارية ولا يكون منحة وان منحه شيئا لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يكون هبة لا عارية والا عارة في مثله تكون قرضا وفيه دليل ان رد العارية على المستعير ورد المنحة على الممنوح له لان منفعة النقل حصلت له وقضاء الدين يستحق على المدين بقوله والدين مقضى ومقصوده آخر الحديث وهو قوله والزعيم غارم معناه الكفيل ضامن أى ضامن لما التزمه من مال أو تسليم نفس على معنى انه مطالب به واذا كان لرجل على رجل الف درهم الى أجل فقال له رجل اذا حل أجل مالك على فلان فلم يوفك مالك فهو على أو قال ان حل فهو على فهو جائز على ما قال لان حلول المال على الأصيل سبب لتوجه المطالبة عليه والكفالة التزام المطالبة فيجوز اضافتها الى وقت توجد المطالبة به على الاصيل وتعليقها به وكذلك لو قال ان مات فلان قبل أن يوفك مالك فهو على لان موت المدين سبب لحلول الاجل وتوجه المطالبة بقضاء الدين فيجوز تعليق الكفالة به بخلاف ما اذا علقه بموت رجل آخر واذا ادعى الكفيل بعد موته أو بعد حلول المال ان المطلوب قد كان قضاء قبل ذلك لم يصدق لان السبب الموجب لتوجه المطالبة على الكفيل قد تقرر وقد يدعى مانعا مالم يظهر وهو قضاء المطلوب حقه ولو ادعى المطلوب ذلك بنفسه لم يصدق الا بحجة فكذلك اذا ادعاه الكفيل ولو كان حالا فقال ان لم يعطك فلان مالك فهو على فتقاضى الطالب المطلوب فلم يعطه ساعة تقاضاه فهو لازم الكفيل لان الشرط امتناع المطلوب من الاعطاء وانما يتحقق بعد ذلك التقاضى فكما تقاضاه وامتنع من الأداء فقد وجد شرط وجوب المال على الكفيل ولان مقصود الكفيل من هذا دفع مؤنة كثرة التقاضى عن الطالب فانه يتأدى بذلك وانما يحصل ذلك اذا صار الكفيل ملتزما عند امتناع المطلوب بعد التقاضى وذكر عن شريح رحمه الله أنه قضى بكفالة وقال ان الكفيل غارم وفيه دليل جواز الكفالة مطلقا لكن لا يكون مستحق التسليم حتى يتحقق ان الكفيل غارم له واذا كفّل الرجل عن رجل بمال فلطالب ان يأخذ به أيهما شاء وبمطالبة احدهما لا يسقط حقه في مطالبة الآخر بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب وقد بينا نوع فرق بينهما ونوع آخر وهو أن هناك الحق قبل أحدهما فيعين من عليه الحق

باختياره وهنا أصل الدين بعد الكفالة على الاصيل كما كان قبله (ألا ترى) انه يكتب في
 الصكوك لفلان على فلان كذا وفلان به كفيل وموجب الكفالة زيادة الحق للطالب في
 المطالبة وانما يتحقق ذلك اذا توجهت المطالبة له عليهما فلا تكون مطالبة احدهما مسقطه حقته في
 مطالبته الآخر فاذا أخذ الكفيل به كان للكفيل ان يأخذ المكفول به فيعامله بحسب ما
 يعامل وليس له أن يأخذ المال من الاصيل حتى يؤديه لانه قبل الأداء مقرض للذمة فلا
 يرجع بالمال حتى يؤديه فينشد يصير به متمسكا ما في ذمة الاصيل ولكن ان قضاء الاصيل
 فهو جائز لان أصل الوجوب ثبت للكفيل على الاصيل وان كان حق الاستيفاء متأخرا الى
 أدائه وتعجل الدين المؤجل صحيح فاذا قبضه الكفيل وتصرف فيه كان مباح حلالا له لانه
 ملك المقبوض ملكا صحيحا فالربح الحاصل لديه يكون له ولو هلك منه كان ضامنا لانه قبضه
 على وجه اقتضاء الدين الذي له على الاصيل وعلى وجه الاقتضاء يكون مضمونا على المقتضى ولو
 اقتضاء الطالب من الذي عليه وهو الاصيل فله أن يرجع على الكفيل بما أعطاه لانه انما أعطاه
 ذلك ليسلم له به ما في ذمته بأن يؤديه الكفيل عنه فاذا لم يسلم له كان له أن يرجع عليه بما أعطاه
 ولو لم يكن دفعه الى الكفيل في الابتداء على طريق القضاء ولكن قال أنت رسولى به الى
 فلان الطالب فهلك من الكفيل كان مؤمنا في ذلك لانه استعمله حين بعت بالمال على يده الى
 الطالب ولو استعمل في ذلك غيره كان أمينا فيه فكذلك اذا استعمل الكفيل حتى اذا أداه
 المطلوب الى الطالب بعد ذلك لا يرجع على الكفيل بشيء وان أدى الكفيل الى الطالب رجع
 به على الاصيل فهلاك الامانة في يده كهلاكها في يد صاحبها ولو لم يهلك منه وسكنه عمل به
 وربح أو وضع كانت الوضعية عليه لانه مخالف بما صنع والربح له يتصدق به في قول أبي حنيفة
 ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله يطيب له بمنزلة المودع اذا تصرف في الوديعة
 وربح ولو كان الدين طعاما فأرسل به الاصيل مع الكفيل الى الطالب فتصرف فيه الكفيل
 فربح فهذا الاول سواء ولو أعطاه الطعام اقتضاء عما كفل به فباعه وربح فيه فان أبا حنيفة
 رحمه الله يقول الربح له ولو تصدق به كان أحب الى وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله
 يطيب له الربح فالحاصل أن الكفيل ان قضى الطالب طعامه فالربح يطيب له لانه استريح
 على ملك صحيح له وان قضى المطلوب طعامه حتى رجع على الكفيل بالطعام الذي أعطاه فالربح
 يطيب للكفيل في رواية كتاب البيوع لان أصل ملكه كان صحيحا فبان وجب عليه الرد بعد

ذلك لا يمكن خبث في الربح وفي الجامع الصغير يقول يرد الاصل والربح على الاصيل عند
أبي حنيفة رحمه الله لانه انما رضى بتسليمه اليه بشرط ولم يسلم له ذلك الشرط ولكن مراده
ان يفتى برد الربح عليه من غير أن يجبر عليه في الحكم وهنا قال يتصدق بالربح لانه يمكن فيه
نوع خبث حين كان قبضه بشرط ولم يسلم ذلك الشرط للمعطي فيؤمر بالتصدق به على
سبيل التقوى بخلاف ما تقدم من الدراهم فانها لاتعين في المقد فلم يكن ربحه حاصلًا على عين
المال المقبوض فاما الطام يتعين فانما ربح على غير المقبوض فيتمكن فيه الخبث من هذا الوجه
واذا قال الرجل للرجل اكفل عني لفلان بكذا وكذا فهذا اقرار منه بالمال ان كفل به أو لم
يكفل لانه أمره بالكفالة عنه ولا تكون الا بعد وجوب المال على الأصيل فان الكفيل اما
ان يلتزم المطالبة بما هو واجب على الاصيل أو يقرض ذمته على ان يثبت فيها ما هو واجب في
ذمة الاصيل فيقتضى أمره بذلك الاقرار وجوب المال عليه والثابت بمقتضى النص كالثابت
بالنص فكانه قال لفلان على الف درهم فاكفل بها عني واذا كان لرجل على رجل الف درهم
الى أجل فكفل بها عنه رجل ولم يسمه في الكفالة الى أجل فالكفيل بها ضامن للاصيل وان
لم يسمه لانه يلتزم المطالبة التي هي على الاصيل والمطالبة على الاصيل بهذا المال بعد حلول
الأجل فكذلك على الكفيل أو يلتزم في ذمته ما هو ثابت في ذمة الاصيل والثابت في ذمة
الاصيل مؤجل الى سنة فكذلك لو كان في ذمة الاصيل زيوف تثبت في ذمة الكفيل
بتلك الصفة وهذا بخلاف الشفيع اذا أخذ الدار بالشفعة والتمن مؤجل على المشتري لا يثبت
الأجل في حق الشفيع لان الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وهو سبب مبتدأ لوجوب التمن
به على الشفيع فلا يثبت الأجل فيه الا بالشرط فاما الكفالة فليست بسبب لوجوب المال
بها ابتداء ولكنها التزام لما هو ثابت فلا يثبت الا بتلك الصفة فان مات الكفيل قبل الأجل
فهو عليه حال يؤخذ من تركته لانه بالموت استغنى عن الأجل ولانه يتصور لبقاء الأجل
بعد موته لان يدوارته لا تنبسط في التركة لقيام الدين وربما يهلك قبل حلول الأجل والأجل
كان لمنفعة من عليه الدين فاذا أدى الى الضرر سقط وان كان لا يرجع ورثته على الذي عليه
الأصيل حتي يحل الأجل لان الأجل باق في حق الاصيل لبقاء حاجته حتي لا يطالبه
الطالب بشئ فكذلك ورثة الكفيل ولو مات الاصيل قبل الاجل حلت عليه لاستغنائه عن
الاجل ولم يحل على الكفيل لبقاء حاجته الى الأجل وليس من ضرورة حلوله على الأصيل

سقوط الأجل في حق الكفيل (ألا ترى) أنه لو كان أصل المال حالا ثم أجل الكفيل فيما عليه صح وبقي المال على الاصيل حالا والثابت بالضرورة لا يمدو موضع الضرورة ولو كان لرجل على رجل ألف درهم حالة فكفل بها رجل الى سنة فهو جائز الى ذلك الأجل وهذا تأخير عن الذي عليه الأصل قال (ألا ترى) أنه لو كان عليه ذكر حق بألف درهم وفلان كفيل بها الى سنة كانت عليهما جميعا الى سنة وعن زفر رحمه الله ان المال على الاصيل حال لانه أجل الكفيل خاصة والتأجيل اسقاط للمطالبة الى غاية فاذا كان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فالتأجيل في حق الكفيل لا يمنع كون المال حالا على الاصيل ولكننا نقول انما أجل الطالب هنا أصل الدين لان الهاء في قوله فكفل بها الى سنة كناية عن أصل المال واطراف التأجيل الى أصل المال يثبت الأجل في حق الاصيل والكفيل جميعا حتى لو أجل الكفيل بما التزم بالكفالة يبقى المال حالا على الاصيل وهكذا يقول في الابراء اذا اضافته الى أصل المال يكون ابراء لها واذا اضافته الى الكفيل خاصة يكون موجبا براءة الاصيل واذا كفل له بألف درهم لفلان على أن يعطيها اياه من وديعة لفلان عنده فهو جائز لانه قبل الالتزام بمحل مخصوص وهو ان يؤديه بما في يده وذلك صحيح في الكفالة والحالة جميعا فان هلكت الوديعة فلا ضمان على الكفيل لانعدام الجناية ولا فرق في حقه بين التزام اداء الوديعة الى صاحبها أو غريم صاحبها بأمر صاحبها فاذا لم يضمن الوديعة فقد فات المحل الذي التزم فيه التسليم للطالب وقد بينا ان فوات المحل مبطل للكفالة ولو كان لرجل عند رجل ألف درهم وديعة وعلى رب الوديعة ألف درهم دين وطلب من الذي عنده الوديعة التزام اداء ذمته بمحل مخصوص وهو تقييد مفيد في حقه حتى لا يكون ضامنا في ذمته شيئا بمد هلاك ذلك المال ثم ليس لصاحب الوديعة ان يأخذها من الكفيل لاعن حق الغريم وقد تعلق بها ولانه التزم اداء دينه منها بأمره ولا يتمكن من ذلك الا بعد كونها في يده فاذا هلكت برئ الكفيل منها لما بينا والقول قوله في انها هلكت لانه بقي أمين في العين بعد هذه الكفالة كما كان قبلها فيكون قبول القول في هلاكها وان اغتصبها اياه رب الوديعة أو اغتصبها اياه انسان آخر فاستهلكها برئ الكفيل لما بينا ان وجوب الأداء عليه كان مقصورا على العين ما بقيت في يده فانه ما التزم في ذمته شيئا فاذا لم تبقى العين في يده لا يكون ضامنا شيئا وكذلك لو ضمن له ألف درهم على ان يعطيها اياه من ثمن هذه الدار فلم يبيعها لم يكن عليه ضمان لانه التزم الاداء من محل مخصوص

وهو ثمن الدار ولا يحصل ثمن الدار في يده ما لم يبع الدار وهو لم يلتزم بيعها على ذلك فلماذا لا يطالب بشيء ما لم يبع الدار ويقبض الثمن ولو كفّل رجل عن رجل بمال على أن يجعل له جعلا فالجمل باطل هكذا روى عن ابراهيم رحمه الله وهذا لانه رشوة والرشوة حرام فان الطالب ليس يستوجب بهذه الكفالة زيادة مال فلا يجوز ان يجب عليه عوض بمقابلته ولكن الضمان جائز اذا لم يشترط الجمل فيه وان كان الجمل مشروطا فيه فالضمان باطل أيضا لان الكفيل ملتزم والالتزام لا يكون الا برضاء (ألا ترى) انه لو كان مكرها على الكفالة لم يلزمه شيء فاذا شرط الجمل في الكفالة فهو مارضى بالالتزام اذا لم يسلم له الجمل واذا لم يشترطه في الكفالة فهو راض بالالتزام مطلقا فيلزمه وكفالة المرتد موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله بنفس كانت أو بمال كسائر تصرفاته وكفالة المرتدة جائزة وان ماتت على الردة كسائر تصرفاتها فانها لا تقبل بخلاف الرجل وهذا فرق ظاهر في السير فان لحقت بدار الحرب وسييت بطلت الكفالة بالنفس دون المال لانها لما لحقت وسييت فكأنها ماتت (ألا ترى) ان مالها لورثتها وموت الكفيل يبطل الكفالة بالنفس دون المال وفي الكتاب قال هي بمنزلة أمة كفلت بنفس لان الكفالة بالنفس لما كانت لا تتحول الى المال وقد صارت هذه أمة بالاسترقاق فكأنها كفلت ابتداء وهي أمة فلا تطالب بذلك لحق مولاهما وأما الكفالة بالمال فقد تحولت الى ما خلفت من المال وكان وارثها مطالبا بقضاء ذلك ولكن التعليل الاول أصح لما ذكر بعد هذا قال وان اعتقت يوما من الدهر لم تؤخذ بالكفالة بالنفس ولا بأمال وقد بطل السبي كل كفالة وكل حق قبلها ولو كان هذا بمنزلة ابتداء الكفالة معها وهي أمة كانت تؤخذ بذلك بعد العتق فعرفا انه لما تبدلت نفسها بالرق كان ذلك بمنزلة موتها على ما قيل الحرية حياة والرقية تلف فبطلت الكفالة بالنفس أصلا وتحول المال الى مال لا يعود شيء من ذلك اليها بعد العتق ولو كفّل مسلم بنفس مرتد في دين عليه فله حق بدار الحرب أو ارتد بعد الكفالة ولحق كان الكفيل على كفالاته وقد بينا هذا الفصل بفروعه في أول الكتاب فان كانت امرأة فسييت بطلت الكفالة عنها بالنفس دون المال لانها حين سييت فقد سقطت عنها المطالبة بالحضور فيسقط عن الكفيل ما التزم من الاحضار * توضيحه انها لما تبدلت نفسها بالاسترقاق فكأنها ماتت وموت المكفول عنه بنفسه يبطل الكفالة ولكن الكفيل مأخوذ بقضاء ذلك الدين فاذا اداه رجع به فيما تركت في دار الاسلام لانه دين مؤجل كان له عليها بمنزلة سائر ديونها فان

لم يكن شيء تركت وأدى الكفيل ذلك ثم ان عتقت يوما لم يتبعها من ذلك بشيء لان السبي
أبطل عنها كل دين فان نفس المسي تبديل بالاسترقاق من صفة المملوكة الى المملوكة والدين
لا يجب على المملوك الا شاغلا لمالينه وهذا الدين حين وجب لم يكن شاغلا لشيء سوى الذمة
وقد تعذر ابقاؤه بتلك الصفة فلماذا سقط عنها وكذلك الذمي والذمية اذا انقضت العهد ولحقا
بالدار وقد كفل رجل عنهما بنفس أو مال فان الكفيل يؤخذ بذلك فان ماتا أو سبيا بطلت
الكفالة بالنفس دون المال فان أداه ثم عتقا لم يرجع عليهما به لما بينا في المرتدة ولا تجوز كفالة
المرتد عن الذمي بالخمر والخنزير لان حكم الاسلام باق في حق المرتد فانه مجبر على العود
الى الاسلام غير مقرر على ما اعتقده فكما لا تجوز كفالة المرتد بالخمر فكذلك كفالة المرتد
وعلى هذا لو استهلك المرتد خمر الذمي كان عليه قيمتها كما لو استهلكها مسلم فان كفل بها عنه
مسلم جاز لان القيمة الواجبة عليه دراهم أو دنانير ولو كفل مسلم لمرتد بنفس أو مال ثم لحق
المرتد بدار الحرب كان ورثته على حقه من الكفالة لانهم يخلفونه في حقوقه بعد لحاقه كما
يخلفونه في املاكه فان رجع ثانيا كان له ان يأخذ الكفيل بالنفس والمال لان ما كان قائما
من حقوقه يعود اليه اذا رجع ثانيا بمنزلة ما هو قائم من املاكه وان كان ورثته قد استوفوا
بقضاء القاضي فالكفيل من ذلك برى بمنزلة ما هلك من ماله وهذا لان الاداء الى وارثه
بقضاء القاضي بمنزلة الاداء اليه فيبرأ الكفيل به وكفالة المستأمن والكفالة له بمال أو نفس
جائزة لانه من المعاملات وانما دخل دارنا بامان ليعاملنا في المعاملات يستوى بنا فان لحق
بداره ثم خرج مستأمنا فالكفالة بحالها لانه باللاحاق صار من أهل دار الحرب حقيقة بعد
ان كان من أهلها حكما فهو قياس ما بينا في المرتد وان أسر بطلت الكفالة فيما له لان نفسه
قد تبدلت بالاسر وذلك مبطل لحقوقه ولم يخلفه ورثته في ذلك بخلاف المرتدة علي ما بينا
فاما فيما عليه فتبطل الكفالة بالنفس لتبدل نفسه بالاسر كما في المرتدة وبالمال كذلك هنا لان
في المرتدة المال يتحول الى ما خلفت وليس هنا محل هو خلف عنه فلماذا بطلت الكفالة
بالمال أيضا ومكاتب الحربى اذا كان مستأمنا في دار الاسلام وعنده بمنزلة عبيد أهل الذمة
ومكاتبهم في جميع ذلك لان في المعاملات هم بسبب عقد الضمان يكونون بمنزلة أهل الذمة
فكذلك عبيدهم ومكاتبهم والله أعلم بالصواب

— باب كفالة الرهط بعضهم عن بعض —

(قال رحمه الله) وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بهاعنه ثلاثة نفر وبعضهم كفيل عن بعض وكلهم ضامنون ذلك فهو جائز لأن كل واحد منهم كفيل عن الأصل بجميع المال وذلك جائز فإن الكفالة للتوثق بالحق وهو يحتمل التعدد ثم كفّل كل واحد منهم عن الآخرين بما لزمهما بالكفالة والكفالة عن الكفيل صحيحة لأن الكفيل مطلوب بما التزمه وشرط صحة الكفالة أن يكون المكفول عنه مطلوباً بما التزمه الكفيل لأن موجب الكفالة التزام المطالبة بما على الأصيل فإن أدى أحد الكفلاء المال كان له أن يرجع على الأصيل بالمال كله إن شاء لأنه أدى ما تحمّل عنه بأمره وإن شاء رجع على شريكه فإن الكفالة بثلاث المال لانهم في حكم الالتزام بهذه الكفالة سواء فينبغي أن يستووا في الغرم وإن شاء أخذ أحدهما بالنصف لأنه إذا لقي أحدهما قال له أنا وأنت في غرم الكفالة سواء لانا جميعاً كفيلا عن الأصيل وعن الثالث أيضاً فهات نصف ما أدت لنستوى في الغرم ثم إذا رجع عليه بالنصف رجعا على الثالث إذا لقياه بثلاث المال فيأخذان ذلك نصفين ليستوى هو بهما في عدم الكفالة ثم يرجعون على الأصيل بالمال كله لانهم كفّلوا عنه بأمره وأدوه ولو كان ثلاثة نفر عليهم ألف درهم وبعضهم كفيل عن بعض فأدى المال أحدهم فإن للمؤدى أن يرجع على كل واحد من الآخرين بالثلث إن شاء لأن كل واحد منهم أصيل في ثلث المال والمؤدى قد كفّل عن كل واحد منهما في ذلك الثالث بأمره وإن شاء رجع على أحدهما بالنصف أما الثالث فلأنه كفّل عنه وأدى وأما السدس فلأن المؤدى مع الذي لقيه كفيلا عن الثالث بما عليه وهو الثالث فينبغي أن يكون غرم هذه الكفالة عليهما على السواء فيرجع عليه بنصف هذا الثالث لتتحقق المساواة بينهما في الغرم ثم يرجعان على الثالث إذا لقياه بالثلث فيأخذان ذلك بينهما نصفين وفي الكتاب ذكر عن عبد الله بن الجلاب أنه باع قوما غنما على أن يأخذ أيهم شاء بحقه فأبى شريح رحمه الله ذلك وقال اختر أملاهم نخذه حتى تستوفى منه حقك وإنما أوردنا هذا لنبين أنه يجوز أن يكون المال عليهم ويكون بعضهم كفيلا عن بعض بما على كل واحد منهم لما في هذا من زيادة التوثق لحق صاحب الحق فإن بدون هذه الكفالة لم يكن له أن يطالب كل واحد منهم إلا بما عليه وهو الثالث وبعد هذه الكفالة له أن يطالب أيهم شاء بجميع المال مع بقاء حقه في المطالبة الأصلية وهو أن يطالب كل واحد منهم بالثلث ولا فرق في هذا الحكم بين

ان يشترط ان يأخذ أيهم شاء بحقه كما ذكر في الحديث وبين ان يشترط ان بعضهم كفيل عن بعض بالمال أو لم يقل بالمال لان ذلك معلوم بدلالة الكلام وان كان قال مليئهم على معدمهم أو حيهم على ميتهم فليس هذا بشيء ولا يطالب كل واحد منهم الا بثالث المال لان هذه كفالة بالمجهول على المجهول ولا يدري من يفلس منهم ليكون الملى كفيلا عنه ولا من يموت منهم ليكون الحى كفيلا عنه فان حرف على في هذه المسائل بمعنى عن كقوله تعالى اذا اکتالوا على الناس يستوفون أى عن الناس وكفالة المجهول باطلة واذا كان لرجل على أربعة نفر ألف درهم ومائتا درهم وكل اثنين منهم كفيلا عن اثنين بجميع المال فان للطالب أن يأخذ أى اثنين منهم بجميع المال ان شاء وان يأخذ الواحد منهم بسبعائة وخمسين درهما مأخذه اثنين منهم بجميع المال فظاهر لان الكفالة كانت على هذه الصفة ان كل اثنين كفيلا بجميع المال عن الآخر فإى اثنين منهم شاء فهما كفيلا بجميع المال وأما اذا أخذ الواحد منهم ففى ربع المال وهو ثلاثمائة هو أصيل فيطالبه بذلك وفى الباقي وهو تسعمائة هو مع واحد من الآخرين كفيل لان الشرط فى الكفالة كان هكذا وانما يكون هو مطالب بالكل اذا التزم الكل بالكفالة فالما اذا التزم الكل بالكفالة مع آخر لم يكن هو مطالب الا بالنصف وذلك أربعائة وخمسون فاذا ضمنت ذلك الى ثلثائة يكون سبعائة وخمسين فلهذا يأخذ الواحد بهذا المقدار فاذا أدى أحدهم نصف المال ستمائة فى هذا النصف هو مؤد عن نفسه فلا يرجع على أحد بشيء منه وفى النصف الآخر وهو ثلثائة هو مؤد عن شركائه بحكم الكفالة عنهم بأمرهم فان شاء رجع عليهم جميعا وان لقي أحدهم رجع عليه بما تى درهم لان ثلث هذه الثلثائة وهو مائة اذاها عنه فيرجع هو بها عليه بقى مائتا درهم وهو مع هذا الذى لقيه كفيلا عن الآخرين بهما فيرجع عليه بمائة أخرى ليستويا فى غرم الكفالة عن الآخرين فلهذا رجع عليه بمائتين وان لقي آخر كان لكل واحد منهما ان يرجع بستة وستين درهما وثلثين اما ليستويا فى غرم المائتين أولان كل واحد منهما مؤد عنه خمسين فيرجع بذلك عليه بقى مائة أخرى هما مع هذا الثالث كفيلا بذلك عن الرابع وقد أديا فيرجعان عليه بثالث ذلك وهو ثلاثة وثلث كل واحد منهما بستة عشر وثلثين فصار حاصل ما يرجع به كل واحد منهما عليه ستة وستين وثلثين فان لقوا الرابع بعد ذلك رجع كل واحد منهم عليه بثلاثة وثلثين درهما وثلث درهم لانهم أدوا عن الرابع قدر المائة فيرجع كل واحد منهما بثانها ولو كان أدى

النصف ولقي أحد هم فآخذ منه مائتي درهم ثم لقي صاحب المائتين أحد الباقيين فانه يأخذ منه خمسة وسبعين درهما لانه يقول له انما أديت المائة عن نفسي ومائة أخرى عنك وعن الرابع فانما أديت نصفها عنك والنصف الآخر الذي أديته عن الرابع انت معي فيه في الكفالة بذلك على السواء فأرجع عليك بنصف ذلك أيضا فلهذا يأخذ منه خمسة وسبعين فان لقي الاول الثالث أيضا أخذه باثنين وستين درهما ونصف لانه يقول له قد أديت عنك وعن الرابع مائة فأرجع عليك بنصف ذلك وذلك خمسون لاني أديتها عنك وأما الخمسون التي أديتها عن الرابع فنصف ذلك قد أخذه منك الثاني وهو خمسة وعشرون فرجوعنا بذلك عليه بقي خمسة وعشرون فأرجع عليك بنصف ذلك وهو اثناعشر ونصف لنستوي في غرم الكفالة عن الرابع فصار حاصل ما يرجع عليه به اثنين وستين درهما ونصف درهم فان لقيهما الاوسط رجعا عليه بثمانية وثلاث بينهما نصفين ليستويا في الغرم في حق الخمسين التي كفلا بها عن الرابع فان لقوا الآخر بعد ذلك أخذه بمائة درهم لانهم في الحاصل كفلاء عنه بالمائة وقد أدوا فياخذون ذلك منه ويتقسمونه أثلاثا لان حاصل ما غرم كل واحد منهم عنه بعد هذه المراجعات ثلاثة وثلاثون وثلاث ولو كان الذي أدى النصف لقي الذي قبض الخمسة والسبعين فانه يأخذ منه نصفها لانا كنا قد اتقينا مرة واستوينا في غرم الكفالة وقد بلغني انه وصل اليه شيء من الثالث فلا بد من ان يعطيني نصف ذلك لنستوي في الغرم كما استوينا في الغرم فإذا أخذ منه نصفها ثم لقي الذي أدى الخمسة والسبعين رجعا عليه بثمانية وخمسين وثلاث بينهما نصفان لانا قد بينا أنهما لو لقياه معا رجع كل واحد منهما عليه بستة وستين وثلاثين فيكون جملة ما يرجعان به مائة وثلاثة وثلاثين وثلاثا والآن قد استوفينا منه مرة خمسة وسبعين فيرجعان بما بقي الى تمام مائة وثلاثة وثلاثين وثلاث وذلك ثمانية وخمسون وثلاث يأخذان ذلك بينهما نصفين ثم اذا لقوا الرابع اتبعوه بمائة كل واحد منهم بثلاثة وثلاثين وثلاث لما بينا ولو كان لرجل على ثلاثة رهط ألف ومائتا درهم وبعضهم كفلاء عن بعض ضامنون لها فأدى أحدهم المال رجع على كل واحد من شريكه بثلاث ما أدى لانه في مقدار الثلث مؤد عن نفسه وفي الثلثين هو مؤد عن شريكه بكفالاته عنهما بأمرهما فيرجع بذلك عليهما فان لقي أحدهما ورجع عليه بالثالث لادائه ما يحمله عنه ونصف الثالث الآخر أيضا لانهما يستويا في الكفالة عن الثالث بهذا الثلث فيرجع عليه بنصفه ليستويا في غرم الكفالة

فان لقي أحدهم الغائب بعد ذلك وأخذ منه شيئا كان لصاحبه اذا لقيه أن يأخذ منه نصف
 ذلك بالمعنى الذي قلنا وهو انهما حين التقيا قد استويا في غرم الكفالة عن الثالث فينبغي ان
 يستويا في الغنم أيضا والذي أخذه أحدهما من الثالث غنم بسبب تلك الكفالة فيرجع عليه
 بنصفه ليستويا في الغنم أو لتبقى المساواة بينهما في الغرم كما هو موجب الكفالة واذا كان
 لرجل على رجل الف درهم فكفل بها عنه رجل ثم ان آخر كفل بها عن الاصيل أيضا
 فهو جائز يأخذ الطالب أيهما شاء بجميع المال لان كل واحد منهما التزم جميع المال بالكفالة
 عن الاصيل بعقد على حدة وذلك صحيح فان أصل الدين باق على الاصيل بمد الكفالة الأولى
 كما كان قبلها فان أخذ أحد الكفيلين فأداه لم يرجع على الآخر بشيء لانه ما كفل عنه بشيء
 وانما كفل عن الاصيل بعقد باشره وحده فيكون رجوعه عليه ان كان كفل بأمره ولا
 يرجع على الكفيل الآخر بشيء وان لم يؤد واحد منهما شيئا حتى قال الكفيلان للطالب كل
 واحد منا كفيل عن صاحبه ضامن لهذا المال ثم أدى أحدهما المال فله ان يرجع على صاحبه
 بالنصف لانهما بالعقد الثاني جملا أنفسهما في غرم الكفالة سواء فان كل واحد منهما كفيل
 بالمال عن الاصيل وقد كفل عن صاحبه أيضا بأمر صاحبه فاذا ثبتت المساواة بينهما في الكفالة
 فينبغي أن يستويا في الغرم أيضا وذلك في أن يرجع على الآخر بنصف ما أدى ثم يرجعان
 على الاصيل بجميع المال واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها عنه بأمره رجل ثم
 ان الطالب أخذ الكفيل بها فاعطاه كفيلة أخرى ثم أداها الآخر الى الطالب لم يرجع بها
 على الاصيل لانه ما تحمل بها عن الاصيل ولا أمره الاصيل بهذه الكفالة وثبت حق الرجوع
 للكفيل عند الاداء بسبب الاصيل بالكفالة فانما يرجع على من أمره به وهو الكفيل الاول
 ثم الكفيل الاول يرجع على الاصيل لان اداء كفيله بأمره بمنزلة ادائه بنفسه ولانه قد
 أسقط عن الاصيل مطالبة الطالب بهذا المال بما أداه من مال نفسه الى الكفيل الآخر فكانه
 أسقط ذلك بأدائه الى الطالب وان كان كفل عن الذي عليه الاصيل رجلا ولم يقل كل
 واحد منهما كفلت عن صاحبي فان الطالب يطالب كل واحد منهما بالنصف لانهما التزما
 المال بعقد واحد فيكون كل واحد منهما ملتزما للنصف كالمشتريين أو المقرين لرجل عليهما
 بالمال وأيهما أدى النصف لم يرجع على صاحبه بشيء لانه ما التزم عن صاحبه شيئا انما التزم
 عن الاصيل فيكون رجوعه عليه ان كان كفل عنه بأمره فان لم يؤد شيئا حتى قال للطالب

أنا شئت أخذت بهذا المال أو كل واحد منا كفيل ضامن بها فله أن يأخذ أيهما شاء بجميع
المال لان هذه الزيادة الحقها بالكفالة الأولى وقد صحت منهما فصارت كالمذكور في أصل
الكفالة الأولى أخذ أيهما شاء بجميع المال وان اداه أحدهما رجع على صاحبه بالنصف ليستويا
في غرم الكفالة كما استويا في كفالة كل واحد منهما عن صاحبه فان لقي الطالب أحدهما
فاشترط ذلك عليه مثل ذلك بأمر صاحبه فهو سواء لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه
وعن الاصيل ولا فرق بين أن يكون كفالة كل واحد منهما عن الاصيل ولو كتب ذكر
حق على رجل بألف درهم وفلان وفلان كفيلان بهما وأيهما شاء أخذ بها وأقر المطلوب
والكفيلان بذلك فهو جائز لان اضافتهما الاقرار الى المكتوب في ذكر الحق بمنزلة تصريحهما
بالمكتوب فان أدى أحد الكفيلين المال رجع على الذي عليه الاصل بجميع المال ان شاء وان
شاء رجع على الكفيل الآخر بنصفه ثم يرجعان على الاصيل بجميع المال لان اقرار كل واحد
منهم بالمكتوب في الصك بمنزلة أمر الاصيل لهما بالكفالة عنه وأمر كل واحد منهما لصاحبه
بالكفالة عنه فثبتت المساواة بينهما في الكفالة بهذا الطريق واذا كان لرجل على عشرة
رهط ألف درهم وجعل كل أربعة كفلاء عن أربعة بجميع المال فهو جائز لما قلنا وله أن يأخذ
أى أربعة شاء بالمال كله لانهم هكذا التزموا بالكفالة فان أخذوا احدا منهم رجع بثمانيه وخمسة
وعشرين لانه في المائة أصيل وفي الباقي وهو سبعمائة هو مع ثلاثة نفر كفيل عن الباقي
فخطه ربع ذلك وذلك مائة وخمسة وعشرون وان أخذ اثنين أحدهما بستمائة لانهما في المائتين
أصيلان وفي الباقي وهو ثمانمائة هما مع آخرين كفيلان عن الباقي فخطهما النصف وهو
أربعمائة وان أخذ ثمانية منهم أخذهم بثمانمائة وخمسة وعشرين أمام مقدار ثمانية بحكم الاصل
فان كل واحد منهما أصيل في مائة والباقي وهو سبعمائة هم مع آخر كفلاء بذلك عن الباقي
فعلهم ثلاثة ارباع ذلك وهو خمسمائة وخمسة وعشرون فان أخذ واحدا منهم فأدى ربع
الالف فان مائة منها حصته لانه أصيل فيها والاصيل فيما يؤدي عن نفسه لا يرجع على أحد
وفي مائة وخمسين هو مؤد عن أصحابه حصه كل واحد منهم من ذلك التسع فان لقيهم جميعا
رجع على كل واحد منهم بقدر ذلك من تسعمائة وخمسين ستة عشر وثلثان وان لقي أحدهم رجع
أحدهم بستة عشر وثلثين لانه أدى عنه هذا القدر ويرجع عليه بنصف ما بقي والباقي مائة
وثلاثة وثلاثون وثلث نصفه ستة وستون وثلثان يرجع عليه بذلك ليستويا في غرم الكفالة

فانهما مستويان في الكفالة عن الباقيين فينبغي أن يستويا في الغرم بسببه أيضا فاذا أدى ذلك اليه ثم لقي الآخر - منهما أحدا الباقيين أخذه بنصف تسع الخمسين والمائة لانه مع الأول قد أديا عنه التسع فنصفه من ذلك نصف التسع فيرجع عليه أيضا بنصف ثلاثة اتساع ونصف لانه مع هذا الذي لقيه مستويان في الكفالة فينبغي أن يستويا في الغرم عن السبعة الباقيين وهذا قد أدى عنهم ثلاثة اتساع ونصفا فيرجع عليه بنصف ذلك ليستويا في غرم الكفالة فان لقي الأول الاوسط بعد ما قبض هذا رجع عليه بنصف ما أخذه كله للمعنى الذي بينا انهما حين التقيا استويا في غرم الكفالة ثم وصل الى أحدهما بعد ذلك شيء وأخذ الآخر منه نصفه ليستويا في الغرم أيضا فان لقي الآخر بعد ذلك وهو الثالث رجعا عليه بتمام ثلاثة اتساع وثلاث تسع حصته من ذلك التسع لانهم اتحملاه عنه وتسعان وثلاث للمساواة في غرم الكفالة لانهم مع آخر كفلاء عن الباقيين فينبغي أن يستويا في غرم الكفالة (الأثرى) انهما لو لقيا الثالث معا كان رجوعهما عليه بتمام ثلاثة اتساع وثلاث تسع فكذلك اذا أخذ أحدهما منه بمض ذلك ثم لقيه رجعا عليه بذلك واذا كان لرجل على ثلاثة رهط ألف درهم وبعضهم كفلاء عن بعض بها فأدى أحدهم مائة درهم لم يرجع على صاحبه بشيء لانه في قدر ثلث المال أصيل فما يؤديه يكون أصيلا فيه فلا يرجع على أحد بشيء اذا كان المؤدى بقدر الثالث أو دونه وان قال انما أديت هذا عن صاحبي أو عن أحدهما لم يكن له ذلك على وجهين أحدهما ان فيما هو أصيل المال ثابت في ذمته وفيما هو كفيل هو مطالب بما في ذمته غيره من المال والمؤدى ماله فيكون إيقاعه من المال الذي عليه ليسقط عنه به أصل المال أولى لان هذا الطريق أقصر فانه اذا جعل المؤدى من غيره احتاج الى الرجوع واذا جعل مؤديا عن نفسه لا يحتاج الى الرجوع على أحد ولانه ان جعل المؤدى عن صاحبيه كان لهما ان يقولأأدأوه بالكفالة بأمرنا بمنزلة أدائنا ولو أدينا كان لنا أن نجعل المؤدى عنك فلا يزال يدور هكذا فلها جعلناه الى تمام الثلث مؤديا عن نفسه وهذا بخلاف ما اذا كاتب عبيدا له على ألف درهم على ان كل واحد منهم كفيل ضامن عن الآخرين ثم أدى أحدهم شيئا لا يكون المؤدى عن نفسه خاصة بل يكون عنهم جميعا لان هناك لو جعلنا المؤدى عن المؤدى خاصة لكان يمتنع اذا أدى مقدار نصيبه ببراءة ذمته عما عليه من البدل والمولى مارضى بامتق واحد منهم الا بعد وصول جميع المال اليه ففي جملة عن نفسه يعتبر شرط مذكور في المقد نصا وذلك لا يجوز فلها جعلنا

المؤدى من نصيبهم ولا يوجد مثل ذلك هنا وهذا أيضا بخلاف ما اذا كان المال على واحد فكفل به ثلاثة على ان بعضهم كفلاء عن بعض ثم أدى أحدهم شيئا كان له ان يرجع على صاحبيه بشئ ما أدى وان شاء رجع على أحدهما بنصف ما أدى لان هناك أصل المال على غيرهم وهم يلتزمون له بالكفالة فكان حالهم في ذلك على السواء ولو رجع على شريكه بشئ ما أدى لم يؤد ذلك الى الدور لانهما لا يرجعان في ذلك عليه بشئ من ذلك بخلاف ما نحن فيه على ما قدرنا فان أدى زيادة على الثلث كانت الزيادة على صاحبيه نصفين لانه في الزيادة على الثلث مؤد بحكم الكفالة وهو كفيل عنهما ولو رجع بذلك عليهما لم يكن لهما ان يرجعا عليه بشئ ففراغ ذمته عما عليه بأدائه وان أراد ان يجعل الزيادة عن أحدهما دون صاحبه لم يكن له ذلك لان المال واحد وهو دين في الذمة لا يتحقق فيه التميز فلغو نيته عن أحدهما فان لقي أحدهما أخذه بنصيبه من الزيادة وهو النصف لانه أدى عنه ذلك وبنصف ما أدى عن الآخر أيضا لانه مع هذا الذى لقيه كفيل عن الآخر بما عليه فينبغي ان يستويا في غرم الكفالة وذلك في ان يرجع عليه بنصف ما أدى عن الآخر واذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عنه رجلان على ان يأخذ الطالب أيهما شاء فأدى أحدهما مائة فقال هذه من حصصة صاحبي الكفيل معى لم يكن على ما قال ولكنها من جميع المال يرجع على صاحبه بنصفها لان بهذا اللفظ يصير كل واحد منهما مطالبا بجميع المال ويصير كل واحد منهما ضامنا للاصيل عن صاحبه فاذا جعل المؤدى ما أدى عن صاحبه كان لصاحبه ان يجعل ذلك عنه فيؤدى الى الدور ولكن الوجه فيه انهما لما استويا في الغرم وذلك في ان يرجع على صاحبه بنصفها وان شاء على الاصيل بجميعها واذا كان لرجل على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فلزم أحدهما فاعطاه بها كفيل ثم أداها الكفيل فله ان يرجع بها على الذى أمره بالكفالة خاصة لان الذى أمره بالكفالة مستقرض لذمته ابتداء بالتزام المطالبة فيها ولما له باداء ما التزم وثبوت حق الرجوع للمقرض على المستقرض لا على غيره والغريم الذى لم يأمره بالسكامة لم يستقرض منه شيئا فحقه يجعل كانه لم يأمره أحد بالكفالة فهذا لا يرجع المؤدى عليه ولكن اذا رجع على الذى أمره بالكفالة فاخذها منه كان لا مراء يرجع على صاحبه بالنصف لانه صار مؤديا المال بطريق الاستقراض الذى قلنا وقد تم ذلك بأدائه ما استقرض وهو في النصف كان كفيلًا بأمره فيرجع عليه بعد الاداء كما لو كان أدى بنفسه الى الطالب وان كانا طلبا اليه

أن يكفل بها عنهما ففعل ولم يشترط عليه أن بعضهم كفلاء عن بعض فأداهما الكفيل عنهما رجوع على كل واحد منهما بالنصف لانه لما التزم بالكفالة المال عنهما جملة كان كفيلة عن كل واحد منهما بنصف المال كما هو قصد مطلق الاضافة الى اثنين وعند الأداء انما يرجع كل واحد منهما بما كفله عنه ولان كل واحد منهما في النصف أصيل وكفالاته عنه انما تكون فيما هو أصيل فيه ولو كان في الشرط حين كفلاوا بعضهم كفلاء عن بعض فأدى الآخر الالف فان شاء رجوع على كل واحد منهما بنصف ما أدى اذا لقياهما وان شاء رجوع على أحدهما اذا لقيه بثلاثة ارباع ما أدى أما النصف فلا أنه كفله به عن هذا الذي لقيه وأداه فيرجع به عليه وأما النصف الآخر فلا أن المؤدي مع الذي لقيه كفيلان به عن الآخر اذ هو موجب الشرط المذكور في قوله على ان بعضهم كفلاء عن البعض فينبغي أن يستويا في الغرم بسبب هذه الكفالة وذلك في أن يرجع بنصف ذلك ثم اذا لقي الثالث رجعا عليه بنصف المال لانهما أديا ذلك عنه بكفالة تلزمه فيكون ذلك بينهما نصفين واذا كان لرجل على رجل ألف درهم وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه بها فأخذ الطالب أحدهما فأعطاه كفيلة بالمال كله ثم أخذ الآخر فأعطاه ذلك الكفيل بالمال ثم أدى الكفيل المال فله أن يرجع على أيهما شاء بالالف كلها لان كل واحد منهما كان مطلوبا بجميع المال والكفيل كفيل عن كل واحد منهما بجميع المال بعقد على حدة فعند الأداء كان حق البيان اليه يجعل ادائه عن أيهما شاء فيرجع عليه بالكل وهو نظير مالو كان لرجل على رجل ألف درهم في صك وبه رهن وألف في صك آخر وبه رهن آخر فأدى ألف درهم كان له أن يجعل ذلك عن أي الصكين شاء فيسترد ذلك الرهن فكذلك اذا أدى الكفيل هنا (الآتري) أنه بعد كفالاته عنه لو أدى كان له أن يرجع بالكل عليه فلا يتغير ذلك الحكم بالكفالة عن الثاني ولكن يثبت في حق الثاني ما هو ثابت في حق الأول لاستوائهما في المعنى فان لم يؤدي شيئا حتى لزمهم الطالب فجعل بعضهم كفلاء عن بعض ثم أداهما الكفيل ثم أخذ أحدهما رجوع عليه بثلاثة ارباع المال لان هذه الكفالة الاخيرة تنقض ما كان قبلها لان التي كانت قبلها في عقدين مختلفين والكفيل كفيل عن كل واحد منهما بالكل وهذا الثاني عقد واحد وكل واحد منهم فيه كفيل مع صاحبه عن الآخر فاقداهم على العقد الثاني يكون نقضا منهم لما كان قبله وتتمام ذلك العقد كان بهم واليه نقضه أيضا بمنزلة مالو باعه شيئا بالف درهم ثم جدد بيعا بالقيين

ينتقض البيع الأول بالبيع الثاني فإذا ثبت هذا صارت هذه المسئلة بحالها والمسئلة الاولى سواء لان الكفيل الآخر يرجع على أحدهما بنصف ما أدى لكفالاته عنه وبنصف النصف الآخر لانهما مستويان في الكفالة عن الثالث بهذا النصف واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها عنه رجلان على ان بعضهم كفيل عن بعض ثم ان الطالب لزم أحد الكفيلين فأعطاه كفيلا بالمال ثم لزم الآخر فأعطاه هذا أيضا كفيلا بالمال ثم أدى الكفيل الآخر فانه يرجع به على أيهما شاء لان الكفالة عن الكفيلين بمنزلة الكفالة عن الاصيلين وهنا كل واحد من الكفيلين مطالب بجميع المال وقد بينا ان هناك لتفرق المقد في كفالاته عنهما له أن يرجع على أيهما شاء بجميع المال فهذا مثله وليس له أن يرجع على الاصيل بشئ لانه ما أمره بالكفالة عنه ولا يقال أصل المال على الاصيل حتى لو برى هو برى الكفيل الآخر وهذا لان الرجوع عليه عند الاداء ليس باعتبار أن أصل المال عليه بل بأمره اياه بالكفالة فاذا لم يأمره بالكفالة لم يكن له حق الرجوع عليه بشئ ولو لم يؤد شيئا حتى أخذ الطالب الكفلاء فجعل بعضهم كفيلا عن بعض ثم أدى الآخر المال كان له أن يرجع على أحده الكفيلين بثلاثة أرباع المال لما بينا أن هذه الكفالة تنقض الكفالة الاولى فيكون الحكم لهذه فان قيل هذه الكفالة ينبغي لاحدهما أن يكون رجوعه على الآخر بنصف ما أدى لان واحدا من الثلاثة ليس بأصيل بالمال فيكون بمنزلة ماله كفل ثلاثة نفر عن الاصيل على ان بعضهم كفلاء عن بعض قلنا هذا ان لو صار الآخر كفيلا عن الاصيل مع الاولين بمنزلة ماله كفلا عنه في الابتداء ولم يصر كذلك هنا بل بقي كفيلا عن الاولين وانما انتقض حكم الكفالة الاولى فيما بينهما وبين الكفيل الآخر لانه قبل هذا كان كفيلا عن واحد منهما بجميع المال وحده والآن صار كفيلا عن كل واحد منهما بالنصف وهو مع صاحبه في الكفالة عن الآخر بالنصف سواء فلماذا كان رجوعه عليه بثلاثة أرباع ما أدى ولو لم يؤد حتى لقي الكفلاء الثلاثة والذي عليه الاصل لجعل بعضهم كفلاء عن بعض بالمال ثم أدى الكفيل الآخر المال فانه يرجع على صاحبه بالثنتين وان لقي أحدهما رجع عليه بالنصف لان بهذه الكفالة انتقض ما كان قبلها في حق الكل وقد صار الكفيل الاول والآخر كفيلين عن الاصيل بهذه الكفالة كالاولين فكان هذا بمنزلة ماله كفل عنه ثلاثة في الابتداء على أن بعضهم كفلاء عن بعض فهناك اذا أدى أحدهم رجع على صاحبيه بثاني ما أدى وان لقي أحدهما رجع عليه بنصف

ما أدى فكذلك هنا وكذلك لو أدى المال أحد الكفيلين الأولين رجع على كل واحد منهما
 بالثلث وعلى أحدهما ان لقيه بالنصف لان الأولين والآخري في هذه الكفالة التي هي ثابتة
 بينهم الآن سواء وانما كان الاختلاف بينهم في الكفالة المتقدمة وتلك قد انتقضت واذا كان
 لرجل على رجل الف درهم فكفل بها عنه ثلاثة رهط وبعضهم كفلاء عن بعض بجميع الالف
 فأدى أحد الكفلاء المال ثم لقي أحدهم فأخذ منه نصف ما أدى ثم ان الاول لقي الذي لم يؤد
 شيئا وأخذ منه خمسين ومائتين فانهما يؤديان الى الاوسط مائة وستين وثلثين لاتهم في
 غرم الكفالة سواء فينبغي ان يكون الغرم على كل واحد منهم بقدر ثلث الالف والاوسط
 قد غرم خمسمائة فيرد عليه مائة وستة وستين وثلثين حتى يبقى عليه غرم ثلث الالف ولم يتبين
 كيفية ادائهما هذا المقدار وهو الالف وانما يؤديان نصفين كل واحد منهما ثلاثة وثمانين وثلثا
 لان الآخر قد غرم مائتين وخمسين للارل فيدفع الى الاوسط ثلاثة وثمانين وثلثا حتى يكون
 الغرم عليه بقدر ثلث الالف والاول قد أوصل اليه سبعمائة وخمسين فيدفع الى الاوسط ثلاثة
 وثمانين وثلثا حتى يبقى العائد اليه ثلثا ما أدى ويكون الغرم عليه بقدر ثلث الالف فاذا فعلوا
 ذلك رجعوا جميعا على الاصيل بالالف بينهم أثلاثا واذا كان لرجل على رجل الف درهم
 فكفل بها رجل ثم ان الكفيل طلب الرجل فضمنها عنه للطالب ثم ان الطالب أخذهم
 جميعا حتى جمل بعضهم كفلاء عن بعض ثم ان الكفيل الاول أدى المال فانه يرجع على الكفيل
 الآخر بنصف المال لان الكفالة الاخيرة نقضت الكفالة الأولى فان موجب الكفالة الاولى
 الاخير كفيل عن الكفيل الأول دون الاصيل وهو في الكفالة الثانية يصير كفيلة عن
 الاصيل وعن الكفيل الأول وكذلك موجب الكفالة الاولى ان الكفيل الاول لا يكون
 كفيلة عن الآخر وفي هذه الكفالة الاخيرة الكفيل الاول يصير كفيلة عن الاخير واذا
 انتقضت الكفالة الاولى كان الحكم للاخيرة وهما فيها مستويان في الكفالة عن الاصيل فيرجع
 المؤدى على صاحبه بنصف ما أدى ليستويا في الغرم بسبب الكفالة ولو كان لرجل على رجلين
 الف درهم وكل واحد منهما ضامن بذلك ثم اعطاه أحدهما كفيلة بالمال ثم أخذ الآخر فاعطاه
 أيضا ذلك الكفيل كفيلة بالمال ثم أدى الكفيل الالف رجع بها على أيهما شاء لانه كفيل
 كل واحد منهما بجميع المال بعقد على حدة وان لم يؤد شيئا حتى أخذهم الطالب فجعل
 بعضهم كفلاء عن بعض بالمال ثم ان الكفيل أدى الالف فانه يرجع على أيهما شاء بثلاثة

ارباع الالف لان هذه الكفالة الاخيرة تنقض الكفالة الاولى وفي هذه الكفالة الاخيرة
 الكفيل يصير متحلا عن كل واحد منهما نصف المال ويكون هو مع الآخر في الكفالة
 عن الثالث بنصف المال سواء فلماذا يرجع عند الاداء على أحدهما بثلاثة أرباع الالف فان لقي
 الآخر بعد ذلك فأخذ منه مائتين وخمسين كان للذي أدى الثلاثة الارباع ان يرجع عليه
 بنصف ما أخذ من هذا الآخر لانهما قد كانا استويا في غرم الكفالة مع الآخر فينبغي ان
 يستويا في الغنم وهو المأخوذ من الباقي وانما تتحقق المساواة في ان يؤدي اليه نصف ذلك ولو
 لم يؤد الكفيل شيئا ولكن أدى أحد الاولين المال فله ان يرجع على الكفيل بمائتين وخمسين
 لانه في نصف المال أصيل مؤد عن نفسه فلا يرجع به على أحد وفي النصف الآخر هو مع
 الكفيل في الكفالة عن الثالث فيرجع عليه بنصف ذلك ليستويا في غرم الكفالة فان لقي الاول
 صاحبه الذي كان معه في الالف فأخذ منه مائتين وخمسين أخرى رد على الكفيل نصفها ليستويا
 في الغنم ثم يتبع هو الكفيل الآخر الاول بمائتين وخمسين أخرى ويتقسمان ذلك نصفين
 واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها عنه رجلان أحدهما مكاتب أو عبد فانه
 يجوز على الحر وحده النصف لانهما لما كفلا جميعا عنه بالمال فقد صار كل واحد منهما كفيلا
 بالنصف وكفالة المكاتب والعبد غير صحيحة في حال الرق كما لو تفرد بها فتقي كفالته في
 نصيبه وهو النصف ولا يقال لما لم تتحقق المزاومة فيدعى ان يجعل الحر كفيلا بجميع المال
 لانا نقول المزاومة في أصل الكفالة متحققة فان كفالة العبد والمكاتب صحيحة في حق أنفسهما
 حتى يطالبان بذلك بعد العتق وانما لا يصح في حق المولى فلماذا كان على الحر نصف المال
 وعلى العبد والمكاتب النصف بعد العتق ولو كان اشترط أن كل واحد منهما كفيل ضامن
 عن صاحبه فعتق العبد وأدى المال كله كان له ان يرجع على الحر بالنصف ثم يتبعان الذي
 عليه الاصل فما أدى الى واحد منهما شرکه فيه الآخر لان العبد حين عتق فقد سقط حق
 المولى والمانع من كفالته قيام حق المولى في ماليته فاذا سقط ذلك كان هذا بمنزلة الكفالة من
 حرين عن ثالث بهذه الصفة ولو ان ثلاثة نفر كفلوا عن رجل بألف درهم وبعشرة أكرار
 حنطة ومائة دينار وبعضهم كفلاء ضامنون في ذلك فلقى الطالب أحد الكفلاء فأخذ منه خمسمائة
 درهم ثم لقي آخر فأخذ منه خمسة أكرار حنطة ثم غاب الطالب والمطلوب ولقي الكفيلان
 المؤديان الكفيل الثالث وأرادا أخذه بما أديا وأراد كل واحد منهما أخذ صاحبه فالذي أدى

خمسائة يرجع على صاحبيه بثلاثيها لانهم في الكفالة بالالف مستوون فينبغي ان يستروا في الغرم بسببها وذلك في أن يرجع بثلاثي ما أدى عن صاحبيه على كل واحد منهما بمائة وستة وستين وثلاثين وللذي أدى الطعام ان يرجع على صاحبيه بثلاثي الطعام لهذا المعنى أيضا ولا يصير البعض قصاصا لان الجنس مختلف والمقاصة بين الدينين عند اتحاد جنسهما وصفتهما لا عند الاختلاف ولو اتقى هذان المؤديان ولم يلقيا الثالث فلكل واحد منهما ان يرجع على صاحبه بنصف ما أدى ليستويا في الغرم بسبب الكفالة وكذلك لو اتقوا جميعا كان لكل واحد منهما أن يأخذ صاحبه بنصف ما أدى ليستويا في الغرم ثم يتبعان جميعا الذي لم يؤد شيئا بثلاث ما أداه كل واحد منهما فان لقيه أحدهما كان له أن يأخذه بنصف الغرم الذي حصل عليه يوم يلقاه ليستويا في الغرم بسبب الكفالة فان لقي الثالث أحد هذين رجع عليه بنصف الفضل بثلاث ما أدى كل واحد منهما فيرجع أكثرهما أداء على أملهما أداء بنصف الفضل للحرف الذي قلنا وعليه يدور تخريج هذه المسائل في انهما لما استويا في الكفالة يذخي أن يستويا في الغرم بسببها واذا كفل رجل لرجل عن رجل مال عليه فأداه الكفيل ثم لقي المكفول عنه فجد ان يكون أمره بالكفالة أو ان يكون لفلان الطالب عليه شيء فأقام الكفيل البينة ان لفلان على فلان ألف درهم وان فلانا هذا قد أمره فضمنها لفلان وانه قد أداه لفلان الى فلان فان القاضي يقبل ذلك منه ويقضى بالمال على المكفول عنه لانه يدعى لنفسه عليه مالا بسبب وهو لا يتوصل الى اتيان ذلك الا بآبات سبب بينه وبين الغائب وهو أداء المال اليه فينصب الحاضر خصما عن الغائب كمن ادعى عينا في يد انسان انها له اشتراها مع فلان الغائب وأقام البينة على ذلك فان القاضي يقضى ببينته على ذلك بهذا الطريق حتى اذا حضر الغائب فجد ان يكون باعه لم يكلف المدعى إعادة البينة عليه فكذلك هنا اذا حضر المكفول له وجد ان يكون قبض شيئا من الكفيل لم يكلف الكفيل إعادة البينة وكان الحكم عليه بوصول حقه اليه ماضيا وهذا لان الاسباب مطلوبة لاحكامها فمن يكون خصما في اثبات الحكم عليه يكون خصما في اثبات سبب الحكم عليه أيضا ورجوع الكفيل على الاصيل لا يكون الا بأمره اياه بالكفالة وأدائه الى الطالب بعد الكفالة فما يكون المكفول عنه خصما لكفيل في اثبات الامر عليه يكون خصما في اثبات الاداء الى الطالب عليه والقضاء بالبينة على الحاضر يكون نافذا عليه وعلى الغائب جميعا واذ كر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما

الله أن لرجل إذا غاب عن امرأته فأتاها رجل وأخبرها أن زوجها قد أبانها ووكله أن يزوجه
منه ويصمر به فقعت ذلك ثم رجع الزوج وأنكر أن يكون طلتها وأن يكون أمر هذا
لرجل بشيء فاقول قوله وليس للمرأة على الكفيل شيء في قول أبي يوسف رحمه الله لأن
الطلاق لما لم يثبت كان العقد ثانياً باطلاً والكفالة المثبتة عليه كذلك بمنزلة أحد الوارثين
وذا أقر لمعروف نسب أنه أخوه لم يشاركه في الميراث وعلي قول زفر رحمه الله ترجع هي
على الكفيل بالمال لأن الكفيل مقر بصحة العقد الثاني ووجوب المال عليه بسبب الكفالة
واقرار حجة في حقه نلو قدام الكفيل بينة على الزوج بما أدى من الطلاق وتوكيله إياه
بالعقد الثاني وكفالة قبت بينته بذلك وكان لها أن ترجع بالمال على الكفيل ثم يرجع الكفيل
على الزوج وإن شاءت رجعت على الزوج للمعنى الذي قلنا أن الكفيل لا يتمسك من الرجوع
على الزوج إلا بحجة - هذا الأشبه - عليه فصريحهما في ذلك كله والله أعلم وأحكم

- - باب الكفالة على أن الكفول عنه يرى -

(قال رحمه الله) وإذا كان لرجل على رجل مال فضمنه له على إبراء الذي عليه الأصل
فهو جائز والكفل ضامن للمال ولا يأخذ الطالب المكفول عنه بشيء لأنهما أتيا بمعنى الحوالة
وإن لم يصرحا بلفظها ولا لفاظ قوال المعاني والمقصود هو المعنى دون اللفظ كان العقد الذي
جرى بينهما حواله لتصريحهما بموجب الحوالة كمن يقول لغيره ملكتك هذا الشيء بألف
درهم فيكون يميناً وإن لم يصرح بلفظ البيع والكفالة والحوالة يتقاربان من حيث أن كل
واحد منهما إقراض للذمة وانتمزام على قصد التوثيق فكما أنه لو شرط في الحوالة أن يطالب
بالمال أيهما شاء كانت الكفالة فإذا شرط في الكفالة أن يكون الأصل بريئاً كانت الحوالة وقوله
ضمنت وإلى وعلى بمنزلة قوله كفلت إذا شرط براءة الأصل في ذلك كله كانت حوالة
بناء على أصلنا أن الحوالة توجب براءة المحيل وقد بينا هذه المسئلة ولو نوى المال على المحتال عليه
عاد حق الطالب إلى المحيل ولشوى أسباب فمن ذلك أن يجحد المحتال عليه ويحلف على ذلك
وليس للطالب بينة لأنه يتعذر على الطالب الوصول إلى حقه من جهة المحتال عليه على التأييد
وهذا بلغ أسباب الشوى كالدرة الواقعة في البحر والعبد الآبق ونحو ذلك ومن ذلك أن يموت
المحتال عليه مفلساً فيتحقق به الشوى عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله لا يعود المال إلى ذمة

المحيل وعلي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يقول بأن الحوالة تبرئ المحيل براءة مطلقة فلا يعود المال اليه بحال كما لو برئ بالابراء (وبيان الوصف) انه لا يطالب بالمال ولا بشئ يشبهه وهذا موجب البراءة المطلقة وتقريره من وجهين (أحدهما) ان الحوالة ليست بمعاوضة لان معاوضة الذمة بالذمة والدين بالدين باطلة فاذا لم يكن ماوجب في ذمة المحتال عليه عوضا عما في ذمة المحيل لم يكن تعذر الوصول اليه مبنيا على حق الرجوع له على المحيل بل بالحوالة يصير كالتباض من المحيل والمقرض من المحتال عليه لانه لا يتحقق اسقاط المال على المحيل واجبا به على المحتال عليه معاوضة الا بهذا الطريق أو يجعل ما في ذمة المحتال عليه كأنه عين ما كان في ذمة المحيل تحول من ذلك المحل الى هذا المحل حكما هو قضية لفظة الحوالة وفوات الشئ من المحيل الذي تحول اليه لا يكون سببا لعوده الى المحل الاول بل فواته عن المحل الذي تحول اليه كفواته في المحل الاول وذلك يكون على الطالب لا غير وعند الحوالة لمحال له بالخيار بين ان يقبل فيثبت حقه في ذمة المحتال عليه وبين ان يأتى فيكون حقه في ذمة المحيل والخير بين الشيئين اذا اختار أحدهما يتعين ذلك عليه وهو لا يعود الى المحل الاول بعد ذلك قط كالتغصب الاول مع الثاني اذا اختار المغموب منه تضمين أحدهما ثم نوى عليه لم يرجع على الآخر بشئ والمولى اذا عتق عبده المديون واختار الغرماء استسعاء العبد ثم نوى ذلك عليه لم يرجعوا على المولى بشئ من الضمان * وحجتنا في ذلك حديث عثمان رضى الله عنه موقوف عليه ومرفوعا في المحتال عليه يموت مفلسا قال يعود الدين الى ذمة المحيل لا نوى على ما امرئ مسلم والمعنى فيه ان هذه براءة بالنقل فاذا لم يسلم له حقه من المحيل الذي انتقل اليه يعود حقه الى المحل الذي انتقل حقه عنه كما لو اشترى بالدين شيئا أو صالح من الدين على عين (وبيان الوصف) ان حق الطالب كان في ذمة المحيل فنقله الى ذمة المحتال عليه بالحق الذي له كما له أن ينقله الى العين بالشراء ثم هناك اذا هلك العين قبل القبض عاد حقه في الدين كما كان فكذلك هنا وكما أن ذلك السبب محتمل الفسخ فهذا السبب محتمل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت (وتقريره) ان ما في ذمة المحتال عليه ليس بعوض كما كان في ذمة المحيل كما قاله الخصم ولا هو واجب بطريقي الاقراض كما زعم هو لان القبض يكون بالمال لا بالذمة والحوالة التزام في الذمة فلا يمكن ان يحمل به قابضا ولا يثبت في ذمة المحتال عليه على الوجه الذي كان في ذمة المحيل حتى لو كان بدل صرف أو سلم لا يجوز ان يتبدل

به مع المحتال عليه كما لا يجوز مع المحيل ويبطل عقد الصرف والسلم بافتراق المتعاقدين قبل القبض من المحتال عليه ولو صار بالحوالة قابضاً ثم مقرضاً لا تثبت فيه هذه الاحكام ولا يمكن أن يحمل كأن عين ذلك المال تحولت من ذمة الى ذمة لأن الشيء إنما يقدر حكماً اذا تصور حقيقة وليس في الذمة شيء يحتمل التحول فلم يبق الطريق فيه الا جعل الذمة الثانية خلفاً عن الذمة الاولى في ثبوت الحق فيها كما في حوالة الفراش المكان الثاني يكون خلفاً عن المكان الاول ويكون الثابت في المكان الثاني عين ما كان في المكان الاول فاذا كان الطريق هذا فنقول انما رضى الطالب بهذه الخلافة على قصد التوثيق لحقه فيكون رضاه بشرط أن يسلم له في ماله في الذمة الثانية فاذا لم يسلم فقد انعدم رضاه فيعود المال الى المحل الاول كما كان بمنزلة ما لو اشترى به عينا الا ان هناك المحل الذي هو خلف في يد الغريم فكان مطالبا بتسليمه وهنا المحل الذي هو حق ليس في يد الغريم فلم يكن هو مطالبا بشيء ولكنه ليس في يد الطالب أيضاً فلم يصرف قابضاً لحقه ولا يدخل في ضمانه فلا يكون الثواء عليه وبه فارق الغاصب الاول مع الثاني والمولى مع العبد فان احدى الذمتين هناك ليست بخلف عن الأخرى ولكن صاحب الحق كان مخيراً ابتداءً والخير بين الشيئين اذا اختار أحدهما تعين ذلك عليه وعلى هذا الاصل قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا فلسه الحاكم عاد الدين الى ذمة المحيل لأن رضاه بالخلافة كان بشرط السلامة فاذا لم يسلم عاد الحق الى المحل الاول ولا معتبر ببقاء المحل الثاني حقيقة كالعبد المشتري بالدين اذا أبق واختار الطالب فسخ العقد عاد حقه كما كان توضيحه أن الذمة تعيب بالافلاس أما عندهما حكماً فمن حيث ان التفليس والحجر يتحقق من حيث العادة وهذا ظاهر فان الناس يعدون الذمة المفلسة معيبة حتى يعدون الحق فيها نواوياً وكما أن فوات المحل موجب انفساخ السبب فتعيبه مثبت حق الفسخ كما اذا تعيب المشتري بالدين قبل القبض والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من أчил على ملي فليتبّع فقد قيد الامر بالاتباع بشرط ملاء المحتال عليه فلا يكون أموراً بالاتباع بدون هذا الشرط وأبو حنيفة رحمه الله يقول الافلاس لا يتحقق لأن المال غاد ورائج فقد يصبح الرجل فقيراً ويمسى غنياً ثم عود المال الى المحيل الثوى لا يعمد به الاستيفاء (ألا ترى) انه لو تعذر استيفاؤه من المحتال عليه لعليه لم يرجع على المحيل بشيء ولا تصور للثوى في الدين حقيقة واما يكون ذلك حكماً بخروج محله من أن يكون صالحاً للانزام وبعد الافلاس الذمة في صلاحيتها للانزام

كما كانت من قبل فلا يتحقق التوى ولا العيب بهذا السبب بخلاف ما لو كان بعد الموت مفلسا لان
الذمة خرجت من أن تكون محلا صالحا للالتزام فيثبت التوى بهذا الطريق حكما وأما ذات
المحتال عليه فقال الطالب لم يترك شيئا وقال المطلوب قد ترك وفاء فالقول قول الطالب مع
يمينه على علمه لانه متمسك بالاصل وهو العسرة ولانه بالحوالة لم يدخل في ملك المحتال عليه
ولو كان وهو حي يزعم انه مفلس فالقول قوله فكذلك بعد موته اذا زعم الطالب انه مفلس
فالقول قوله مع يمينه على علمه * توضيحه ان ذمته بالموت خرجت من أن تكون محلا صالحا
للالتزام وبه يتحقق التوى الا أن يكون هناك مال يخلف الذمة في ثبوت حق الطالب
فيه فالمطلوب يدعى هذا الخلف والطالب منكر لذلك فحملنا القول قوله لهذا ولو كفل بالمال
من غير شرط البراءة ثم ان الطالب ابرأ الذي عليه الأصل من المال بعد الكفالة برثا جميعا
لان ابراء الكفيل اسقاط لاصل الدين وذلك موجب لبراءة الكفيل ضرورة فكما ان الكفالة
لا تصح الا باعتبار مال واجب في ذمة الأصل فكذلك لا تبقى بعد سقوط المال عن ذمة
الأصيل بالابراء وهذا بخلاف ما لو كانت الكفالة بشرط الاصل لان ذلك صار عبارة عن
الحوالة وانلفظ اذا جعل عبارة عن غيره مجازا سقط اعتبار حقيقته في نفسه * توضيح الفرق ان
الكفالة بشرط براءة الاصيل لا تكون اسقاطا لان أصل الدين يكون تحويلا الى ذمة الكفيل
بالطريق الذي قلنا فاما ابراء الاصيل بعد الكفالة فيكون اسقاطا لاصل الدين والمطالبة تنبني
على وجوب أصل الدين فكما لا يبقى على الاصيل مطالبة بعد الاسقاط فكذلك على الكفيل
والدليل على الفرق ما أشار اليه وهو ان الصبي التاجر اذا كان له على رجل مال فضمنه له
آخر على ان ابرأ الاول أو كان عليه مال لرجل فضمنه لآخر بأمر صاحبه على ان ابرأ
المكفول له فهو جائز ولو كان هذا اسقاطا لاصل الحق عن الاصيل ماملك الصبي التاجر فيما
له على غيره كإبراء الاصيل بعد الكفالة ولو كان هذا من المحتال عليه التزاما للمال في ذمته
ابتداء ماملكه الصبي التاجر فيما عليه وبهذا الفصل يتبين الفرق وكذلك في الصرف ورأس
مال السلم الحوالة تصح والكفالة بشرط براءة الاصيل تصح ولا يبطل به عقد السلم بخلاف
ما اذا ابرأ الاصيل بعد الكفالة فقبله الاصيل حيث يبطل به عقد السلم ولو قال لرجل آخر
ما أقر لك به فلان من شيء فهو على فقامت عليه بينة انه أقر بعد الكفالة بألف درهم لزم
الكفيل الالف لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة وان شهدوا انه أقر بذلك قبل

الكفالة لم يلزم الكفيل شيء لأن هذا اللفظ وإن كان في صورة الماضي فالمراد به المستقبل عادة فلا يصير به ملتزما لما سبق الاقرار به على العقد وإنما يكون ملتزما لما يقر به بعد العقد بمنزلة قوله ما يقر لك كما أن قوله ما ذاب لك في معنى ما يذوب فهذا قياسه والله أعلم

باب ضمان ما يبايع به الرجل

(قال رحمه الله) وإذا قال الرجل لرجل بايع فلانا ما يبايعه به من شيء فهو على فهو جائز على ما قال لأنه أضاف الكفالة إلى سبب وجوب المال على الاصيل وقد بينا أن ذلك صحيح والجهالة في المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لكونها مبنية على التوسع ولأن جهالة عينها لا تبطل شيئا من العقود وإنما الجهالة المفضية إلى المنازعة هي التي تؤثر في العقود وهذه الجهالة لا تنغضي إلى المنازعة لأن توجه المطالبة على الكفيل بعد المبايعة وعند ذلك ما يبايعه به معلوم ويستوى أن وقت لذلك وقتا أو لم يوقت إلا أن في الموقت براعي وجود المبايعة في ذلك الوقت حتى إذا قال ما يبايعه به اليوم فباعه غدا لا يجب على الكفيل شيء من ذلك لأن هذا التقييد مفيد في حق الكفيل ولكن إذا كرر مبايعة في اليوم فذلك كله على الكفيل لأن حرف ما يوجب العموم وإذا لم يوقت فذلك على جميع العمر وإذا بايعته مرة بعد مرة فذلك كله على الكفيل ولا يخرج نفسه من الكفالة لوجود الحرف الموجب للتعميم في كلامه ويستوى أن يبايعه بالنقد أو بغير النقد لأنه قال ما يبايعه به من شيء وهو يجمع كل ذلك فإن قال الطالب بعته شيئا بألف درهم وقبضه مني فأقر به المطلوب وجحد الكفيل ففي القياس لا يؤخذ الكفيل بشيء حتى تقوم البينة على أنه يبايعه بعد الكفالة وقد روى أسد بن عمرو عن أبي حنيفة رحمه الله أنه أخذ بالقياس ووجه ذلك أن وجوب المال على الكفيل ناشئ عن مبايعة به الكفالة وذلك لا يظهر في حقه باقرار المطلوب لأن قوله حجة عليه لا على الكفيل، وإن أنكر أحدهما يعني المطلوب والكفيل لم يكن على كل واحد منهما شيء فإذا أقر به المطلوب لزمه دون الكفيل لأن الثبوت بحسب الحجة فإذا قامت البينة ثبت في حقهما لأن البينة حجة عليهما ولكن استحسن فقال الكفيل ضامن للمال لأن المطلوب مع الطالب تصادق على المبايعة في حال يملكان إنشاءها فانهما لو أنشأ المبايعة لزم ذلك الكفيل ومن أقر بما لا يملك إنشاءه يكون مقبول الاقرار في حق الغير لانتفاء التهمة بمنزلة التوكيل قبل العزل إذا أقر بالبيع والمطلق قبل انقضاء

العدة اذا أقر بالرجعة * توضيحه ان كانا صادقين فيما أقر به من المبايعة فقد تحقق السبب في
حق الكفيل وان كانا كاذبين فتصادقهما بمنزلة انشاء المبايعة فيلزم الكفيل أيضا (ألا ترى) انه
لو كان قال ما لزمه لك من شيء فانا ضامن به لزمه ما أقر به المكفول عنه بهذا الطريق وعلى هذا
لو قال بعه ما بينك وبين ألف درهم وما بعت من شيء فهو على ألف درهم فباعه متاعا
بخمسمائة ثم باعه حنطة بخمسمائة لزم الكفيل الملالان جميعا وان باعه متاعا آخر بعد ذلك لم يلزم
الكفيل من ذلك شيء لانه قيد الكفالة بمقدار الألف فلا تلزمه الزيادة على ذلك ولو قال
اذ بعت شيئا فهو على فباعه متاعا بألف درهم ثم باعه بعد ذلك خادما بألف درهم لزم الكفيل
الأول دون الثاني لان كلمة اذا لا تقتضي العموم ولا التكرار وانما تتناول المبايعة مرة فوجود
ذلك تنتهي الكفالة بخلاف ما لو قال كلما بايعته يباعا فانا ضامن بثمنه لان كلمة كلما تقتضي التكرار
فيصير هو بهذا اللفظ ملتزما يجب بمبايعته مرة بعد مرة ولو قال بعه ولم يزد على هذا فباعه
لم يلزم الأمر شيء لانه يشير عليه وليس بضامن وكذلك لو قال أقرضه ولو قال متى بعت يباعا
فانا ضامن لثمنه أو ان بعت يباعا فباعه متاعا في صفتين كل صفقة بخمسمائة ضمن الكفيل الاول
منهما لما بينا انه ليس في لفظه ما يقتضي التكرار لان كلمة ان للشرط وكلمة متى للوقت بمنزلة
كلمة اذا ولو قال ما بايعته من زطى فهو على فباعه ثوبا يهوديا أو حنطة لم يلزم الكفيل من ذلك
شيء لانه قيد الكفالة بمبايعته من الزطى خاصة فلا يتناول غيرها وكذلك لو قال ما أقرضته
فهو على فباعه متاعا أو قال ما بايعته فهو على فأقرضه شيئا لم يلزم الكفيل من ذلك شيء لانه
قيد الكفالة بسبب فلا تتناول شيئا آخر والمبايعة غير الاقراض (ألا ترى) ان المبايعة
تصح ممن لا يصح منه الاقراض كالأب والوصى ولو قال ما داينته اليوم من شيء فهو
على لزمه القرض ومن المبيع لان اسم المداينة يتناول الكل فانه عبارة عن سبب
وجوب الدين (ألا ترى) ان الأمر بالكتابة والشهود جاء به اسم المداينة وعلم الكل
فلو رجع الكفيل عن هذا الضمان قبل ان يبايعه ونهاه عن مبايعته ثم بايعه بعد ذلك لم يلزم
الكفيل شيء لان لزوم الكفالة بعد وجوب المبايعة وتوجه المطالبة على الكفيل فاما قبل ذلك
فهو غير مطلوب بشيء ولا ملتزم في ذمته شيئا فيصح رجوعه * توضيحه ان بعد المبايعة انما
أوجبنا المال على الكفيل دفعا للفرع عن الطالب لانه يقول انما عقدت في المبايعة معه كفالة
هذا الرجل وقد اندفع هذا الفرع حين نهاه عن المبايعة ولو قال ما بايعته اليوم من شيء فهو

لك على ثم جحد الكفيل والمكفول له المباينة وأقام الطالب البيعة على أحدهما أنه قد باع
المكفول له ذلك اليوم متاعا بالف درهم لزمهما جميعا ذلك المال أيهما كان حضر لان الثابت
بالبيعة كالثابت بالمباينة والمال الذي يطالبان به واحد فينصب الحاضر منهما خصما فيكون حضور
أحدهما لحضورهما فلا يكاف إعادة البيعة عند حضور الآخر اذا كان القاضي هو الاول
لانه عالم بسبب وجوب المال على الذي حضر اذ هو باشر القضاء به على الاول وعلمه يفي
الطالب عن إعادة البيعة ولو قال من بايع فلانا اليوم ببيع فهو على فبايعه غير واحد لم يلزم
الكفيل شيء لان المكفول له مجهول وجهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة كجهالة المقر له فانه لو
قال لواحد من الناس على شيء كان اقراره باطلا ولو قال لقوم خاصة ما بايعتموه أنتم وغيركم
فهو على كان عليه ما يبيع به أولئك القوم ولا يلزمه ما بايع غيرهم لان في حقهم المكفول له
معلوم فصحت الكفالة وفي حق غيرهم هو مجهول فلا تصح الكفالة ولكن ضم المجهول الى
المعلوم لا يمنع صحة الكفالة في حق المعلوم لان ما يلزمه لواحد بالكفالة منفصل عما يلزمه
للآخر ولو اذن لعبده في التجارة وقال لرجل ما بايعت به عبدي من شيء أبدا فهو على أو لم
يقبل أبدا فهو سواء ولزمه كل بيع بايعه به لان التزام المولى من عبده بحكم الكفالة صحيح كما
يصح من الحر وقد بيناه فيما سبق وكذلك لو قال كل ما بايعته أو الذي بايعته بخلاف ما لو قال
اذا بايعته أو ان بايعته فهذا على الاول خاصة وقد بينا الفرق بينهما في الحر فكذلك في العبد
ولو قال ما بايعت فلانا من شيء فهو على فأسلم اليه دراهم في طعام أو باعه شعيرا بزيت فذلك
كله على الكفيل لانه قد باعه فان السلم نوع يبيع ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله اذا وكله
بشوب يبيعه فأسلمه في طعام جاز على الموكل وعندهما لا يجوز لان السلم غير البيع بل ان
مطلق التوكيل بالبيع ينصرف الى البيع بالتقود والله أعلم بالصواب

— باب الحوالة —

(قال رحمه الله) ذكر عن شريح رحمه الله انه قال في الحوالة اذا أفلس فلا توى على
مال امرئ مسلم يريد به ان مال الطالب يعود فدليلهما ان بمجرد الافلاس تبطل الحوالة
قال وقال أبو حنيفة رحمه الله اذا كان لرجل على رجل ألف درهم فاحاله بها فقد برئ الاول
منهما وقد بينا اختلاف العلماء رحمهم الله فيه ووجه الفرق بين الكفالة والحوالة (في الكتاب)

أشار الى حروف فلك لا تكتب ذكر - ق فلان بن فلان ان له على فلان ألف درهم وقد أحاله بها على فلان فان هذا لا يحسن في الكتاب ولا في الكلام وكيف يكون عليه وقد حولها عنه الى غيره ويحسن في الضمان ان يقول لفلان على فلان ألف درهم وقد ضمنها عنه فلان (ثم وجوه التوى) قد بينها فيما سبق (والجواب) بين الاجانب والاقارب في جميع أصناف الديون من التجارات والمهر والجنائيات وغير ذلك جائز لانه تحويل الحق من الذمة الاولى الى الذمة الثانية فيستدعي وجوب الحق في الذمة الاولى ليصح التحويل ولو ان المحتال عليه أحاله بالمال على غيره كان جائزا لانه لما تحول المال اليه بالحوالة التحق بما كان واجبا عليه في الاصل وكما يصح التحويل من الذمة الاولى الى ذمته يصح التحويل من ذمته الى ذمة أخرى بالحوالة وليس للمحتال عليه أن يأخذ الاصيل بالمال قبل أن يؤديه ولكن يعامله بحسب ما يعامل به من الملازمة والحبس كما بيناه في فصل الكفيل (وفي هذا نوع اشكال) فان في الكفالة مطالبة الطالب على الاصيل باقية فلا توجه عليه مطالبة الكفيل ما لم يؤدي وبعد الحوالة لا تبقى مطالبة المال على الاصيل فيدعى ان توجه عليه مطالبة المحتال عليه كالوكيل بالشراء يطالب الموكل قبل أن يؤدي ولكننا نقول ما سقطت مطالبة الطالب عن المحيل على الثبات بل يؤخر ذلك على المحتال عليه مفلسا فكان من هذا الوجه بمعنى التأجيل أو لما كانت المطالبة بمرض ان يتوجه عليه جمل كالتوجه في الحال بمعنى الكفالة من هذا الوجه بخلاف الوكيل فانه ليس للبائع على الموكل مطالبة بالتأمين لا في الحال ولا في ثاني الحال بل مطالبة مقصورة على الوكيل فكأن للوكيل ان يرجع على الموكل ولو قضى المحيل المحتال عليه المال قبل ان يؤديه فعمل به وربح كان ربحه له لانه بنفس الحوالة قد استوجب المحتال عليه على المحيل ولكنه مؤجل لادائه ومن استعجل الدين المؤجل وتصرف فيه وربح كان الربح له لانه استرح على ملك صحيح ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فاحاله بها على آخر فقضاها اياه المحتال عليه فلما أراد الرجوع على الاصيل قال الاصيل كانت لي عليك وقال المحتال عليه ما كان لك على شيء فانه يقضى للمحتال عليه على الاصيل بالمال لان السبب الموجب للمال له على الاصيل ظاهر وهو قبوله الحوالة بأمره وادائه والمحيل يدعى لنفسه ديناً على المحتال عليه ليجعل ما عليه قصاصاً بذلك الدين ولم يظهر سبب ما يدعيه والمحتال عليه لذلك منكر فالقول قوله وليس في قبول الحوالة عنه اقرار بوجوب المال للمحيل عليه

فإن الحوالة قد تكون مقيدة بما للمحيل على المحتال عليه وقد تكون مطلقة بل حقيقة الحوالة هي المطلقة وأما المقيدة من وجه فتوكيل بالأداء والقبض عرفنا أنه لم يوجد منه دلالة الإقرار بوجوب المال للمحيل عليه وكان القول قوله في الإنكار ولو كان لرجل على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فأحاله أحدهما على رجل بألف درهم على أن أبرأه فلطالب أن يأخذ المحتال عليه بالالف لأنه التزمه بالحوالة والمحيل كان أسيلا في النصف الأول كفيل في النصف الثاني والحوالة بكل واحد منهما صحيحة وإن شاء أخذ الذي لم يحله بخمسائة لأن المحيل في هذه الخمسائة كان كفيلاً وقبض برى بالحوالة من غير أداء وقد بينا أن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصل فإن أداه المحتال عليه رجع بها إلى المحيل دون صاحبه لأنه هو الذي أمره بقبول الحوالة ورجوعه بذلك فإن أداه المحيل رجع بنصفها على صاحبه لأنه كان كفيلاً عنه بأداء المحتال عليه بأمره كأداء أدائه بنفسه وإلى المحتال عليه كأدائه إلى الطالب له ولو أدى إلى الطالب رجع بنفسها على صاحبه فكذلك ها ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فحاله به على رجلين فله أن يأخذ كل واحد منهما بنصفها لأنهما أضافا الحوالة في جميع ذلك المال إليهما إضافة على السواء فيقسم عليهما اتقساما على السواء وقد بينا في الكفالة نظيره فإن اشترط أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه أخذ بالالف أيهما شاء لأن كل واحد منهما التزم بجميع المال هنا في النصف عن الأصل وفي النصف الآخر عن صاحبه بالكفالة فإذا أداه رجع على صاحبه بالنصف ليستويا في الغرم الثابت بسبب هذه الحوالة كما استويا في أصل الالتزام ولو كان لرجل على مكاتب مال فأحاله المكاتب به على رجل عليه مال فهو جائز لأن هذا أمر من المكاتب للطالب في أن يقبض ماله من غريمه له أولا ثم نفسه وأمر للغريم بأن يؤدي ما عليه إلى الطالب وذلك صحيح من المكاتب وهذا التكليف غير محتاج إليه في هذا الفصل فإن المكاتب لو أحال الطالب حوالة مطلقة يجوز فكذلك الحوالة من المكاتب المقيدة وإنما يحتاج إليه في الفصل الثاني وهو ما إذا كان المكاتب هو المحتال عليه لأن قبول الحوالة من المكاتب مطلقا لا يجوز بمنزلة الكفالة ولكن يجوز مقيدا بالمال الذي عليه لأنه لا فرق في حقه بين أن يؤدي ذلك المال إلى المحيل أو إلى المحتال والعبد التاجر والصبي التاجر في هذا كالمكاتب وكذلك لو كان المال على رجلين كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فأحاله على

واحد جازت الحوالة منهما كما تجوز من الواحد اذا كان مطلوباً بالمال وكذلك الوصى يحتال بدين اليتيم على رجل أملاً من غريمه الاول فاحتال بذلك فهو جائز لان في هذا قربان ماله بالاحسن فان حياة الدين بملاءة ذمة من عليه وفي قبول الحوالة على من هو أملاً إظهار للزيادة في حقه وتيسر الوصول الى ماله وكان ذلك منهما نظراً من حقه والله أعلم

باب الامر بنقد المال

(قال رحمه الله) واذا أمر رجل رجلاً بأن ينقد عنه فلان ألف درهم فنقدها رجع بها على الأمر لان هذا من الأمر استقراض من المأمور وانه لا يتحقق نقده عنه الا بعد أن يكون المنقود ملكاً له ولا يصير ملكاً له بالاستقراض منه فكانه استقرض منه ألف و وكل صاحب دينه بأن يقبض له ذلك أولاً ثم لنفسه ولانه أمره أن يملكه ما في ذمته بمال يؤديه من عنده فكان بمنزلة ماله أمره أن يملكه عين الغير في يده بأن يشتريها له فيؤدي الثمن من عنده وهناك يثبت للمأمور حق الرجوع على الأمر بما يؤدي فكذلك هنا وكذلك لو قال انقد فلان ألف درهم له على أو قال اقضه عني كذا أو قال افضه ماله على أو ادفع اليه الذي له على أو ادفع عني كذا أو اعطه عني ألف درهم أو أوفه ماله على فهذا كله باب واحد وكله اقرار من الأمر أن المال عليه لفلان اما لقوله عني أو لقوله اقضه عني فان القضاء لا يكون الا بعد الوجوب أو لقوله على أو لقوله أوفه عني فان الايفاء يكون بعد الوجوب ولو قال انقد عني ألف درهم على اني ضامن لها أو على اني كفيل بها أو على انها لك عني أو الى أو قبلي فهو سواء واذا نقدها اياه رجع بها على الأمر لانه صرح بالتزام ضمان المنقود له أو اني بلفظ يدل عليه ويستوى ان نقده لدراهم أو نقده بها مائة درهم أو باعه بها جارية أو غير ذلك لان بالبيع يجب التمسك بالبيع على المشتري ولا يصير بائعاً له الا ان وجبت له غايه كما أمر به فكان هذا وما لو دفع اليه درهم من الحكماء (الأتري) ان الطالب يصير مستوفياً حقه بهذه الطريق اذا لم يستوفيه من ماله قبيل ان يفرك واذا قال ان رجس المثل ادفع الى فلان ألف درهم قضاء ولم يفل عني أو قال اقض فلان ألف درهم ولم يقل على انها لك على فدفعها المأمور فان كان خيطاً للأمر رجع بها عليه لان الخلطة القائمة بينهما دليل ظاهر على أن أمره بالقضاء عنه بمنزلة التصريح بهذا اللفظ وهذا لان كل واحد من الخليطين ينوب عن

صاحبه في قضاء ما عليه وان أداه بناء على الخلطة السابقة وتلك الخلطة تثبت له حق الرجوع بما يؤدي بأمره كما ثبت له حق الرجوع عليه بما يؤدي اليه وان لم يكن خليطا له لم يرجع بها عليه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف الأول رحمه الله وانما رجوعه على المدفوع اليه وقول أبي يوسف الآخر رحمه الله يرجع على الأمر خليطا كان أو غير خليط لوجبهين (أحدهما) أن أمره بالدفع إلى غيره بمنزلة أمره بالدفع إليه ولو قال ادفعه إلى كان له أن يرجع عليه فكذلك إذا أمره بالدفع إلى غيره ولأن فعله في دفعه يترتب على أمره في الفصلين وإذا اعتمد في الأداء أمره فلم يرجع صار مغررا من جهته والغرر مدفوع كما في الخليطين (الثاني) أنه قال ادفعها إليه والقضاء ينبنى على الوجوب ولم يكن على المأمور شيء واجب للمدفع عليه ولا يعتبر أمر الأمر بذلك بل أمره إنما يعتبر في قضاء ما هو واجب على الأمر وكان اقرارا بوجوب المال عليه من هذا الوجه وهذا وقوله اقض غنى سواء وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا أن قوله اقض أو ادفعه إليه قضاء كلام محتمل يجوز أن يكون المراد اقضه ماله عليك فيكون هذا منه أمرا بالمعروف ويجوز أن يكون المراد اقضه ماله على والمحتمل لا يكون حجة فلا يثبت به المال على الأمر للمدفع إليه وإذا لم يثبت المال عليه لا يكون هذا منه استقراضا ولا أمرا بأن يملكه ما في ذمته وطريق الرجوع عليه هذان بخلاف ما لو قال قضاء غنى إذا كان قضاء لما له على لأن الاحتمال قد زال هناك بما صرح به من الاضافة إلى نفسه ولا يجوز أن يعتبر أمره بالدفع إلى غيره بالدفع إلى نفسه لأن قوله ادفعه إلى لا يثبت له حق الرجوع عليه بهذا الأمر بل يقضه المال منه وهذا المعنى يوجب أن يكون رجوعه هنا إلى المدفوع إليه لأنه هو القابض للماز منه دون الأمر ولو كان أمره بذلك ولده أو أخاه وهو ليس في عياله فهذا وأمره للاجنبي بذلك سواء إلا أن يكون أمره بذلك ببعض من في عياله فيكون ذلك بمنزلة ماله أمر خليطا له بذلك استحسانا لأن الإنسان يقضى ما عليه بيد من في عياله ويدهوؤلاء بمنزلة يده ولو دفع نفسه قضاء كان ذلك قضاء لما هو واجب فكذلك إذا أمر بعض من في عياله حتى أدى وكذلك الزوجة إذا أمرت بذلك زوجها فان ما بينهما من الزوجية بمنزلة الخلطة أو أقوى منه وكذلك لو أمر به أجيرا له وانما أراد به التلميذ الخاص الذي استأجره مساهمة أو مشاهرة فانه بمنزلة من في عياله وكذلك لو أمر به شريكا له لأن قيام الشركة بينهما بمنزلة الخلطة أو أقوى منها وهذا كله استحسان وحمل

لمطلق الكلام على ما هو معتاد بين الناس ولو قال لرجل ادفع الى فلان ألف درهم فان كان
المأمور خليطاً لا امر أو بمض من في عياله رجع المأمور على الأمر باعتبار الغلطة التي بينهما
فان ذلك بمنزلة الغرر من جهته لو لم يثبت له حق الرجوع عليه لم يرجع الأمر على القابض
وان لم يكن له عليه شيء يصير قصاصاً به وأما اذا لم يكن المأمور خليطاً لا امر فلا اشكال على
قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله انه لا يرجع على الأمر وإنما يرجع به على القابض وإنما
اختلفوا على قول أبي يوسف الآخر رحمه الله فعلى قياس الطريقة الاولى يرجع على الأمر
بمنزلة ما لو قال ادفعه الى وعلى قياس الطريقة الثانية يكون رجوعه على القابض لانه ليس
في لفظه ما يدل على ان القابض يستوفي حقاً واجباله بخلاف ما اذا قال ادفعها الى فلان قضاء ولو
أمر خليطاً له أن ينقد فلاناً عنه ألف درهم نحية فقدمه الف درهم غلة أو نهرجة لم يرجع على
الأمر الا بمثل ما أعطى بخلاف الكفيل بالنحية اذا أدى بالغلة فانه يرجع بالنحية فان رجوع
الكفيل بحكم الالتزام (ألا ترى) نه لو وهب المال منه رجع على الأصيل وإنما التزم في ذمته النحية
فاستوجب مثلها في ذمة الأصيل ثم إن سأل الطالب فتجوز بالغلة لا يجب أن يسامح الأصيل
بشيء فاما المأمور فهو غير ملتزم في ذمته شيئاً وإنما يثبت له حق الرجوع بالأداء (ألا ترى) انه
لو وهب المال منه لم يصح فان كان رجوعه بالأداء رجع المؤدى ولو كان لرجل على رجل ألف
درهم فأحال بها عليه رجلاً فلما استوفاهما المحتال قال المحتال للمحيل كان المال لي عليك فاما
استوفيت حق نفسي وقال المحيل بل كنت وكيلى في قبض مالى لم يكن لك علي شيء فالتقول
قول المحيل لان وجوب المال له على المحتال عليه كان ظاهراً كالمقبوض بذلك السبب فيكون
مالكاً له ثم القابض يدعى لنفسه ديناً عليه حتى يحبس ماله بذلك ولم يظهر ذلك الدين له عليه
فان إحالته عليه لا تكون دليلاً على وجوب المال للمحتال على المحيل فيكون القول قول المنكر
ويؤمر بدفع المال اليه الا أن يثبت دين نفسه عليه ولو أراد المحتال عليه أن يمنع المال من الذى
أحال به عليه ورب المال غائب لم يكن له عليه ذلك بعد الحوالة لانه قد التزم دفع المال اليه
فعليه الوفاء بما التزم وكذلك لو قال رب المال اضمن له هذا المال فهو مثل الحوالة بخلاف
ما لو قال اضمن له هذا المال عنى فانه يكون اقراراً من رب المال بالمال لهذا لانه أمره
بان يضمن عنه ولا يتحقق ذلك الا بعد وجوب المال عليه ولان قوله اضمن عنى له بمنزلة
التصريح منه ان القابض عامل لنفسه وليس بوكيل من جهته وإنما يكون ذلك عند وجوب

المال للطالب على الاصيل وكذلك الحوالة اذا قال يحتال اليك بالالف التي لي عليك لم يكن هذا اقرارا بامر المال عليه ولو قال هو محتال عليك بألف درهم لتؤديها عني من المال الذي لي عليك فهذا اقرار منه بوجوب المال عليه للمحتال واذا قال يحتال عليك بألف درهم لم يكن هذا اقرارا منه بالمال ولكن المحتال عليه لا يستطيع الامتناع من اداء المال الى المحتال لانه التزامها له ولان كلامه محتمل وبالمحتمل لا يكون له ان يمتنع من ايفاء ما التزم وان أداها وكان خليطا للأمر رجع بها عليه ورجع بها الأمر على المضمون له بعد ان يحلف انها ليست عليه وقد بينا في الحوالة نظيره فكذلك في الضمان ولو لم يكن خليطا له لم يرجع بها عليه لانه ليس في لفظه ما يدل على الأمر بالضمان فلا يثبت له حق الرجوع عليه ولكنها تسلم للمضمون له بخلاف ما سبق من قوله ادفع لانه ليس هناك من المأمور التزام شئ للمدفع اليه (ألا ترى) ان له ان يمتنع من الدفع اليه فكذلك بعد الدفع له أن يرجع بها عليه وهنا بقبول الحوالة والضمان قد التزم المال للمضمون له حتى لا يكون له أن يمتنع من الدفع اليه في الابتداء فكذلك بعد الدفع اليه لا يكون له ان يرجع عليه بشئ مما أدى اليه والله أعلم بالصواب

باب صالح الكفالة

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل ألف درهم وبها كفيل عنه بأمره فصالح الكفيل الطالب على مائة درهم على ابراء الاصيل من الالف جاز كما لو صالحه الاصيل بنفسه وهذا ظاهر لان الطالب استوفى عشر حقه وبراءه من سوى ذلك وكل واحد من الامرين صحيح في الكل فكذلك في البعض لم يرجع الكفيل على المكفول عنه بمائة درهم لان رجوع الكفيل باعتبار ثبوت الملك له وذلك مقصور على ما أدى دون ما ابراء الاصيل عنه لان الابراء اسقاط فلا يتضمن التمايز من الكفيل ولا يتحول به أصل الدين الى ذمة الكفيل بخلاف الايفاء فإنه يضمن تحول أصل الدين الى ذمة الكفيل لينحل عنه بأداء مائة درهم فيستوجب الرجوع به على الاصيل ولو صالحه على مائة درهم على ان يبرئ الكفيل خاصة من الباقي رجع الكفيل على الاصيل بمائة درهم ورجع الطالب على الاصيل تسعمائة لان ابراء الكفيل يكون فسخا للكفالة ولا يكون اسقاطا لأصل الدين فيبقى له في ذمة الاصيل

ما ابراه الكفيل منه وتسمائة وهذا لان الكفيل يلتزم المطالبة وبراء الكفيل يكون تصرفا
 في تلك المطالبة دون أصل الدين وبالإبراء لا يتحول الدين الى ذمة الكفيل ولو صالحه على
 مائة درهم على ان وهب التسمائة للكفيل كان للكفيل ان يرجع بالالف كلها على المكفول
 عنه لانه ملك جميع الاصل وهو الالف بمضها بالاداء وبعضها بالهبة منه والبعض معتبو بالكل
 وهذا لان الهبة تملك في الاصل فمن ضرورة تصحيحه تحول الدين الى ذمة الكفيل فلا يبق
 للطالب في ذمة الاصيل شيء ويتحول الكل الى ذمة الكفيل ثم يملكها بالهبة والاداء فيرجع
 بها على الاصيل ولو صالح الكفيل الطالب على عشرة دنانير أو باعه اياه بعشرة دنانير كان
 للكفيل ان يرجع على الاصيل بجميع الالف لانه بهذا الصلح والشراء يملك جميع الالف ومن
 ضرورة صحتها تحول الدين الى ذمة الكفيل فان الصلح في غير جنس الحق يكون تملكا كالبيع
 وكذلك كل ما صالحه عليه من مكيل أو موزون بعينه أو حيوان أو عرض أو متاع فالجواب في
 الكل سواء ولو كان معه كفيل آخر وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه كان له ان يرجع على
 صاحبه بنصف ذلك لان هذا الصلح أو البيع بمنزلة الاداء في حق الرجوع على الاصيل
 فكذلك في حق الرجوع على الكفيل معه ولو أدى جميع المال كان له ان يرجع بنصفه على
 شريكه في الكفالة فكذلك هنا ولو كفل رجلان عن رجل بألف درهم وكل واحد منهما
 ضامن عن صاحبه فأدى أحدهما ثم أخذ صاحبه في الكفالة معه بالنصف فصالحه من ذلك
 على مائة درهم على ان ابراه خاصة مما بقي فهو جائز واستوجب الرجوع على صاحبه بنصف
 المؤدى وهو خمسمائة ليستوى معه في الغرم فإذا استوفى منه بمض ذلك وبراء عن الباقي
 جاز كما لو عامل الاصيل بمثل ذلك ثم راء الكفيل بالإبراء لا تكون براءة الاصيل وقد كان
 للمؤدى أن يرجع على الاصيل بجميع الالف فانما وصل اليه من جهة صاحبه مائة فيبقى حقه
 في الرجوع على الاصيل بتسعة مائة ويثبت للكفيل الآخر حق الرجوع على الاصيل بمائة
 فأيهما أخذ منه شيئا اقتسما المأخوذ اعتبارا على قدر شركتهما فيما في ذمته لاحدهما تسعة
 أعشاره وللآخر عشرة ولو صالح المؤدى صاحبه من الخمسمائة على عشرة دنانير أو كر حنطة
 أو عرض جاز ذلك كما يجوز صلحه مع الطالب عن الخمسمائة على هذا المقدار ويملك الكفيل
 الآخر خمسمائة بهذا الصلح بمنزلة ما لو أداها بعينها الى المؤدى فيتبع كل واحد منهما الاصيل

بخمسمائة وأيهما أخذ شيئا كان لصاحبه نصفه على حسب حقهما في ذمته ولو كان الدين طعاما
 وبه كفيل فصالح الكفيل الطالب منه على عشرة دراهم رجع بالطعام كله على المكفول عنه
 لأن ما أداه الكفيل يصلح أن يكون عوضا عن جميع الطعام فيصير به ممتلكا بجميع الطعام
 (ألا ترى) أنه لو باعه بالطعام ثوبا كان به ممتلكا بجميع الطعام حتى يرجع به على الاصيل
 فهذا مثله ولو كان الدين ألف درهم وبه كفيلان كل واحد منهما ضامن عن صاحبه فصالح
 أحد الكفيلين صاحبه على مائة درهم على أن يبرئه من حصته من الكفالة وقبضها منه ثم إن
 الكفيل الذي قبض المائة أدى المال كله إلى الطالب رجع على المكفول عنه بتسمائة ولم يرجع
 على الكفيل معه بشيء ويرجع المؤدى للمائة على المكفول عنه بالمائة لأن كل واحد منهما
 كفيل عن الاصيل بجميع المال وعن صاحبه بنصف المال صلح الكفيل مع الاصيل قبل أدائه
 إلى الطالب صحيح كما يجوز صلحه مع الطالب فإذا صالح أحدهما صاحبه على مائة فقد صار
 مبرئا له عما زاد على المائة مما استوجب الرجوع عليه وهو كان كفيلًا عن الاصيل وبراء
 الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فإذا أدى القابض للمائة جميع الألف فأنما أدى عن الاصيل
 تسمائة فيستوجب الرجوع بها عليه ويصير مؤديا عن الكفيل معه مقدار ما كفله عنه وذلك
 مائة درهم فيرجع المؤدى للمائة على الاصيل بتلك المائة لأن أداء كفيله عنه كأدائه بنفسه ولو
 لم يكن هكذا ولكن الطالب أخذ الكفيل الذي أدى المائة واستوفى منه الألف كلها فله أن
 يرجع على شريكه بتسمائة لانه دفع اليه المائة على أن يؤديها عنه إلى الطالب فإذا لم يفعل حتى
 أداها بنفسه كان له أن يرجع عليه بتلك المائة وقد كان كفله عنه خمسمائة وأداها فله أن يرجع
 عليه بتلك الخمسمائة أيضا ولو كان الكفيل صالحا صاحبه على كسر حنطة ودفعه اليه على أن يبرأه
 من حصته من الكفالة فهذا جائز فيما بينهما لانه كفله بالخمسمائة وما أدى اليه يصلح أن يكون
 عوضا عن الخمسمائة ويكون هذا التصرف منهما غير جائز في حق الطالب فله أن يأخذ بجميع
 المال أيهما شاء فإن أخذ الطالب الكفيل الذي أدى بالالف فأداها فانه يرجع بها تامة على
 الكفيل الذي معه وبخمسمائة مع ذلك على الذي عليه الاصل إن شاء إلا أن يشاء الكفيل
 القابض للطعام أن يرد عليه الطعام ويرد عليه خمسمائة مع ذلك لأن المؤدى للألف استوجب
 الرجوع على شريكه في الكفالة بنصف ما أدى وهو خمسمائة لانه تحمل ذلك عنه بأمره
 وبالنصف الآخر لانه دفع اليه الطعام على أن يؤدي عنه ما يقابله وهو خمسمائة إلى الطالب فإذا

لم يفعل حتى أدى بنفسه كان له أن يرجع عليه بتلك الخمسائة أيضا إلا أن القابض للطعام قبضه بطريق الصلح على أن يبرئ المؤدى من رجوعه عليه لا على أن يرجع المؤدى عليه بخمسمائة فإذا آل الأمر إلى ذلك خير لأن معنى الصلح على التجوز بدون الحق فإن شاء نقض الصلح ورد عليه الطعام وإن شاء أمسك الطعام ورد عليه عوضه وهو خمسمائة وإن شاء المؤدى للأنت رجع بخمسمائة على الأصيل لأنه أداها عنه بعد ما تحملها بأمره ورجع بخمسمائة على الكفيل الذي قبض الطعام إلا أن يشاء الكفيل أن يرد عليه الطعام لما بينا (وحاصل فقه هذه المسئلة) أن الخمسائة التي هي عوض عن الطعام لا يستوجب المؤدى الرجوع بها على الأصيل لأنه صار مملكا إياها من المؤدى للطعام فيكون رجوعه بذلك على القابض للطعام خاصة إلا أن يشاء القابض للطعام أن يرد عليه الطعام لأنه قبضه منه على سبيل الخط والانغماض ولو صالح أحد الكفيلين صاحبه على عشرة دنانير ودفعها إليه على أن أبراه من حصته من الكفالة ثم أن الطالب صالح الكفيل الذي قبض الدنانير على تلك الدنانير بإيمانها عن جميع المال وأداها إليه كان جائزا لأنه ملك الدنانير وتم ملكه فيما قبضه من صاحبه فالتحق تعيينها من دنانيره في جواز الصلح مع الطالب عليها من جميع المال ويكون هذا الصلح تمليكا منه لانعدام معنى الرابعد اختلاف الجنس ثم يكون للكفيل الذي صالح الطالب أن يرجع على الأصيل بخمسمائة درهم ويرجع الكفيل الآخر على الأصيل بخمسمائة أيضا لأن الذي صالح الطالب قد يملك جميع الالف بهذا الصلح بمنزلة ما لو أدى إليه جميع الالف وكان له أن يرجع على شريكه بخمسمائة لولا صلحه معه وقد صح صلحه معه عن الخمسائة على الدنانير فيجعل ذلك الصلح بينهما كأنه كان بعد أدائه فيتقرر كل واحد منهما في الرجوع عن الأصيل بخمسمائة لأن أداء الكفيل المصالح الأول عنه كادائه بنفسه وأيهما أخذ شيئا من الأصيل شاركه فيه صاحبه لأن الدين الذي في ذمة الأصيل مشترك بينهما وما يقبض أحد الشريكين من دين مشترك بينهما شاركه فيه صاحبه * ولو لم يكن هكذا ولكن أحد الكفيلين أدى المال كله إلى الطالب ثم صالح الكفيل معه على مائة درهم على أن أبراه أو على عشرة دنانير على أن أبراه وقبض ذلك فهو جائز لأنه بالأداء استوجب الرجوع على شريكه في الكفالة بخمسمائة والصلح من الخمسائة على مائة درهم أو على عشرة دنانير جائز وهما يتبعان الأصيل بالالف تامة لهما صارا مؤدين عنه جميع الالف فإن كان الصلح بينهما على لدنانير فالالف بينهما

نصفان لان مؤدى الدنانير يصير متملكا للخمسة مائة بما أدى فالصلح يصح بطريق التملك
 اذا أمكن والامكان موجود عند اختلاف الجنس فيكون رجوع كل واحد منهما على الاصيل
 بخمسة مائة بمنزلة ما لو أدى الى صاحبه خمسة مائة وان جرى الصلح بينهما على مائة درهم فالالف
 بينهما على عشرة اسهم لان صحة الصلح عنهما هنا بطريق الاسقاط فان مبادلة الخمسة مائة بالمائة
 ربا فالمؤدى للمائة لا يأخذ الا مقدارها وبراء مؤدى الف لصاحبه عما زاد على المائة لا
 يكون ابراء الاصيل فيكون له ان يرجع على الاصيل بتسعة مائة وللآخر ان يرجع عليه بالمائة
 فاذا اقتضاه شيئا منها يكون المقبوض بينهما على مقدار حقهما اعتبارا ولو صالحه على عرض
 أو حيوان كان مثل الصلح على الدنانير لان تصحيحه بطريق التملك ممكن والصلح قبل
 الاداء وبعد الاداء جائز لان الدين يجب للكفيل عن الاصيل بالكفالة كما يجب للطالب على
 الكفيل بعين في حق المطالبة (ألا ترى) ان الكفيل يطالب الاصيل بحسب ما تعامله
 الطالب مع الكفيل ويجوز صلح الكفيل مع الاصيل قبل الاداء وبعده واذا كان الدين
 طعاما قرضا أو غصبا فسلخ أحد الكفيلين صاحبه على دراهم مائة على أن ابراءه من خصومته
 فهو مثل الباب الاول لما بينا أن تصحيح هذا الصلح يوم ما بطريق المبادلة ممكن فان أدى
 الذى قبض الدراهم والطعام كله كان لهما ان يتبعا الاصيل بذلك نصفين لان المؤدى للدراهم
 كان أصيلا في حق من حبه وأداء كفيل كدائه بنفسه قد ملكه في نصته من الطعام
 بما أدى من الدراهم الى صاحبه فيرجع على الاصيل بذلك ومؤدى للطعام كفيل عن
 الاصيل بالطعام وقد أدى بغيره عليه بما يصح له عوضه عن صاحبه وذلك نصف الطعام
 فهذا رجوعنا عنه بالطعام نصفين وان أدى للطعام الذى دفعه من درهم اتبع صاحب الاصيل
 بالجميع لانه كان كذيل عنه بجميع الطعام ومن أتى بغيره على الكفيل الذى قبض الدراهم
 بنصف ما أدى الطعام لانه دفع اليه الدراهم عوضا عن نصف الطعام الذى كان كفيل به عنه
 ليؤديه الى الطالب ولم يفعل فيرجع عليه بذلك الا ان يشاء القابض للدراهم ان يرد الدراهم
 لانه قبضها بطريق الصلح ومبنى الصلح على التجوز بدون الحق فاذا آل الامر الى ان يلزمه
 رد نصف الطعام ويكمله عليه كان له ان يلتزم هذا الضرر ويرد عليه المقبوض من الدراهم ان شاء
 وان شاء الكفيل الذى أدى الطعام اتبع صاحبه في الكفالة بجميع الطعام ليؤديه عنه الى الطالب
 فاذا لم يفعل حتى أدى بنفسه كان له ان يرجع عليه بذلك أيضا الا ان يشاء القابض للطعام

أن يرد عليه دراهمه مكان نصف الطعام فينثذ يكون له ذلك فيدفع اليه دراهمه مع نصف
الطعام فالتقبوض منه يكون مشتركا بينهما على قدر حقيهما وان كانا كفيلين عن رجل بمائة
درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بها ثم ان أحد الكفيلين صالح الآخر على عشرة
دراهم علي ان ابراه ثم صالح الطاب الذي قبض العشرة على خمسة دراهم وأداها اليه فانه
يرد تسعة ونصفا على الكفيل الذي معه ثم يرجعان جميعا على الاصيل بخمسة لان المؤدى
للعشرة انما أداها الى صاحبها على أن يؤدي عنه العشرة وهو مآدى الى الطالب مما كفل عنه
الا درهمين ونصفا لانه أدى اليه خمسة وهى شائعة فى النصفين نصف ذلك مما هو فيه
متحمل عن صاحبه ففرقا انه أدى الى الطالب مما تحمل عن صاحبه درهمين ونصفا وصاحبه
انما برى مما بقى ببراء الطالب لان عند اتحاد الجنس يتعدد تصحيح الصالح بطريق المبادلة
فلهذا رجع المؤدى للعشرة على صاحبه بسبعة ونصف ثم كل واحد منهما يؤدي عن الاصيل
درهمين ونصفا حكما فيرجعان عليه بالخمسة كذلك *ولو لم يكن هكذا ولكن الذي عليه الاصل
صالح أحد التكفيلين على عشرة دراهم ودفعها اليه فهو جائز بطريق الاسقاط لما وراء العشرة
مما استوجب الرجوع به عليه عند الاداء فان أدى الكفيل الذى أخذ العشرة الى الطالب
المائة درهم لم يرجع على الاصيل ولا على صاحبه بشئ وقد صالح الاصيل على ما أخذ منه من
العشرة وصار ببراء له عما زاد على ذلك فلا يرجع عليه بشئ عند الاداء والكفيل معه انما
استفاد البراءة ببراءة الاصيل لا بآدائه لان براءة الاصيل على أى وجه تكون تتضمن براءة
الكفيل ولو أدى الكفيل الآخر المائة كان له أن يرجع على الكفيل الذى معه بخمسين درهما
وعلى الاصيل بمثل ذلك لانه صار مؤديا عن الكفيل الذى معه مقدار الخمسين ولو لم يجر
بين الكفيل الآخر وبين الاصيل صالح كان لهذا المؤدى أن يرجع على الكفيل الآخر
بما أدى عنه بالكفالة وهو متقدم الخمسين فيمد صاحبه أولى وقد كان كفيلاً عن الاصيل
بالخمسين الاخرى رآه . ثم يرجع الاصيل على الكفيل الذى صالحه بخمسة دراهم لانه
كان صالحا على عشرة دراهم ونصفه . ذى مما كان هو الذى كفل به عنه ونصفه مما كفر
به صاحبه على أن يكون هو المؤدى . فاذا لم يفعل كاذ له أن يرجع عليه بنصف تلك
العشرة وهو خمسة وتسليم الخمسة الاخرى للصالح لان الكفيل الآخر لما رجع عليه
بخمسين كان له أن يرجع بذلك على الاصيل ولا صاحبه معه على هذه الخمسة وبراءة اياه .

عما زاد عليها الى تمام الخمسين ولو صالح الاصيل الكفيلين جميعاً على عشرة دراهم من جميع
 الكفالة فهو جائز وأيهما أدى بالكفالة المائة الى الطالب فانه لا يرجع على الاصيل بشئ إلا
 بخمسة لان كل واحد منهما بالصلح قد أبرأه عما زاد على الخمسة الى تمام ما كفل عنه ولو
 أبرأه عن ذلك بعد الاداء سقط حقه في الرجوع عليه فكذلك قبل الاداء وان شاء رجع
 على صاحبه بالخمسة التي قبضها من الاصيل لانه انما كان قبض تلك الخمسة ليؤدى الى الطالب
 ما تحمله عن الاصيل ولم يؤد شيئاً وانما أداه الآخر فيكون هو أحق بتلك الخمسة يقبضها
 منه ولا يتبعان بشئ لما بينا أو المراد بقوله لا يرجع المؤدى على الاصيل إلا بخمسة سوى
 الخمسة التي قبضها صاحبه في الكفالة لان المؤدى أدى تلك الخمسة بحكم الكفالة عن الاصيل
 وهو ما أبرأه منها فيرجع بها على الاصيل ان شاء ثم يرجع بها الاصيل على القابض منه وان
 شاء رجع بها على صاحبه لما بينا وان لم يؤد واحد من الكفيلين المال ولكن أدى الاصيل
 رجع على الكفيلين بعشرة دراهم بينهما لانها استوفيا لعشرة منه ليؤديا عنه ما تحملا من الدين
 ولم يوجد ذلك حين أدى هو المال بنفسه فكان له أن يرجع عليهما بتلك العشرة ولا يرجع
 بما زاد على ذلك لان رجوعه عليهما بحكم استيفائهما منه لا بحكم اسقاطهما عنه ولو صالحهما على
 ثوب ودفعه اليهما ثم انه أدى المائة الى الطالب رجع على كل واحد منهما بقبض نصف
 الثوب منه في حكم المستوفي الخمسين بطريق المبادلة وانما استوفى على أن يؤدى عنه حق
 الطالب فاداً لم يفعل ولكن أداهما صاحبه وقد كان كفيلاً عنه بها كان له أن يرجع بتلك
 الخمسين عاه وان شاء رجع بها على الاصيل لانه يتحمل تلك الخمسين عن الاصيل وقد أداهما
 فان رجع بها على الاصيل رجع بها الاصيل على الكفيل الذي لم يؤد شيئاً إلا أن يشاء
 الكفيل أن رد عليه نصف الثوب الذي صالحه عليه لانه استوفاهما عنه ليؤديها عنه فاذا لم
 يفعل حتى أدى هو بنفسه الى الكفيل المؤدى عنه كان ذلك بمنزلة أدائه الى الطالب فيرجع
 بها على الذي لم يؤد شيئاً الذي لم يؤد شيئاً صار مستوفياً بطريق التجوز بدون الحق فيخير
 لذلك ولو لم يؤد مائة درهم ولكنه أدى عشرة دراهم فصالحه عليها الطالب فانه لا يرجع
 على شريكه في الكفالة بخمسة دراهم ولكن الاصيل يرجع على الكفيل المؤدى للعشرة
 الى الطالب بأربعين درهماً وعلى الكفيل الآخر بخمسين لان كل واحد منهما بقبض نصف
 الثوب منه صار قابضاً للخمسين على أن يؤدى عنه ذلك الى الطالب ولم يفعل ذلك الذي

لم يؤد الى الطالب شيئا وانما برئ هو عن تلك الخمسين ببراء الطالب اياه فكان للاصيل أن يرجع عليه بتلك الخمسين الا أن يشاء هو رد نصف الثوب عليه والمؤدى للعشرة كان في حكم القابض للخمسين منه أيضا على أن يؤدى ذلك عنه وانما أدى اليه عشرة فمأزاد على العشرة انما برئ الاصيل عنه ببراء الطالب فيكون له أن يرجع على المؤدى للعشرة بقدر الاربعين لذلك ولا رجوع للمؤدى للعشرة على شريكه بنصف العشرة لانه قد استوفى من الاصيل هذه العشرة وزيادة فكيف يرجع بشيء منها على شريكه ولو لم يؤد شيئا ولكن الاصيل صالح الطالب على عشرة دراهم فانه يرجع على كل واحد من الكفيلين بخمسين درهما إلا أن يشاء رد الثوب عليه لان كل واحد منهما في حكم المستوفى للخمسين منه ولكن بطريق التجوز بدون الحق ولو كان الاصيل صالح الكفيلين على عشرة دراهم وكان أحد الكفيلين صالح الطالب على أربعة دراهم فانه لا يرجع على صاحب الدرهمين اللذين أدى عنه لما بينا انه قبض ذلك من الاصيل وزيادة ولكن يرد درهما على الاصيل لانه قبض من الاصيل خمسة وما أدى عنه الى الطالب إلا أربعة فانما برئ عما زاد على الأربعة ببراء الطالب ويرد صاحبه خمسة دراهم على الاصيل لان صاحبه استوفى من الاصيل خمسة دراهم ولم يؤد عنه شيئا وانما برئ هو من حصة صاحبه ببراء الطالب ولو كان الاصيل صالحهما على ثوب ثم ان أحدهما صالح الطالب على دراهم على ان أبرأه من جميع المال لم يرجع على شريكه بشيء لانه انما أدى الى الطالب درهما وقد صار مستوفيا من الاصيل مقدار الخمسين بالصلح على الثوب فانه لا يرجع على شريكه بشيء ولكن المصالح مع الطالب يرد على الاصيل تسعة وأربعين درهما واثمته يرد على الاصيل خمسين درهما لان كل واحد منهما صار مستوفيا للخمسين درهما من الاصيل على أن يستفيد الاصيل ابراءة من حق الطالب بأدائهما ولم يوجد ذلك فالذى صالح الطالب على الدراهم انما أدى عنه الدراهم فقط فيرد عليه ما زاد على ذلك الى تمام الخمسين ولا يخرج لم يؤد عنه شيئا الى الطالب فيرد عليه ما صار مستوفيا منه وذلك خمسون درهما واذا كفل رجل بمال مؤجل ثم فاوز رجلا ثم حل الاجل لم يلزم شريكه من ذلك شيء أما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فلان عقد المتفاوضة لا يوجب المساواة بينهما في ضمان الكفالة ان لو كانت الكفالة بعد الشركة فاذا كانت قبلها أولى وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلان كل واحد من المتفاوضين يكون كفيلًا عن صاحبه فيما يجب على صاحبه بسبب مباشره بعد

الشركة وهذا المال انما لزمه بسبب باشره قبل الشركة لان وجوب المال عليه بسبب الكفالة لا بحلول الأجل والاجل الذي كان مانعا من المطالبة يرتفع بمضى المدة فيبقى المال عليه بسبب الكفالة وقد كان قبل الشركة فهو بمنزلة ما لو اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم فاوض رجلا ولو كفل بالمال مؤجلا وهو معاوضة ثم فارقه أو صار شريكه فانه يلزم شريكه جميع الكفالة في قول أبي حنيفة رحمه الله لان المال انما لزمه بسبب باشره في حال قيام الشركة بينهما وانما كان زوال المانع بعد انقطاع الشركة وكما وجب المال بمباشرة السبب عن الذي باشره وجب على الآخر بحكم الكفالة عنه فيفسخ الشركة وانفصلا عنها بالموت لا يسقط عنه ما كان لزمه كما لو اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم تفاسخا الشركة فان أداها الشريك قبل الفرقة أو بعدها كان له أن يرجع على الذي أمر شريكه بالكفالة لانه كما قام مقام الشريك في وجوب المال عليه والأداء الى الطالب فكذلك في الرجوع على الاصيل وهذا لان بالكفالة كما وجب المال للطالب على كل واحد من الشريكين وجب أيضا لكل واحد منهما على الاصيل الذي أمر أحدهما بالكفالة لان أمره أحدهما كأمره إياهما فانهما يعتمدان على الاصيل صارا كشخص واحد وكذلك لو أداه بعد موت الكفيل لانه مطالب بالمال بعد موته كان مات قبله فان مات المفاوض الذي لم يكفل قبل حل الاجل فالمال يحل عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يحل على الحى منهما لان الاجل كان ثابتا في حق كل واحد منهما إلا أن الميت استغنى عن الاصيل بموته والحى يحتاج الى ذلك والميت لا ينتفع ببقاء الاجل بل يتضرر بذلك لان يد الوارث لا تنبسط في التركة والحى ينتفع بالاجل فيبقى الاجل في حق الحى منهما دون الميت وحلول المال على الميت منهما به الموت لا يوجب حله على الآخر لان الشركة قد انقطعت بموته فأما في شركة لعنان والمضاربة اذا كفل أحدهما بمال أو نفس لم يلزم شريكه منه شيء لان الشركة بينهما منضمة أو ذلة في التجارة دون الكفالة فالدين الذي يجب على أحدهما بمباشرة سببه يكون ذا خراجا جني فيه فلا يطالب بشيء منه واذا كان لرجل على رجل حنطة سلم وبه كفيل فأداه الكفيل ثم صالح المكفول عنه على دراهم أو عرض أو مكيل أو موزون يدا بيد فهو جائز لان ما يرجع به الكفيل على الاصيل ليس بسلم فان السلم اسم لما يجب بعقد السلم وهذا اما يجب للكفين على الاصيل بعقد الكفالة وهو عقد آخر سوى السلم (الآثرى) أنه لو كفل ببذل الصنف أو برأس مال السلم وأداه في المجلس ثم فارق الاصيل قبل أن يرجع به عليه جاز ذلك لان ما يرجع به

الكفيل على الاصيل بمنزلة بدل القرض فان الكفيل يصير مقرضا ذمته من الاصيل بالالتزام للمطالبة بالكفالة ثم يصير مقرضا ماله منه بالاداء عنه فإرجع به عليه يكون بدل القرض والاستبدال ببديل القرض صحيح ولو كان شيء من ذلك نسيئة لم يجز الا الطعام لان ذلك يكون ديناً بدين فأما اذا صالحه بكر من حنطة الى أجل فهو جائز لانه لا مبادلة هنابل هو تأجيل في عين ما استوجب الرجوع به عليه * فان قيل فأين ذهب قولكم انه بمنزلة القرض والاجل في القرض لا يلزم * قلنا هو في حكم القرض وأما في الحقيقة فليس بقرض بل هو واجب بعقد ما لا وهو الكفالة والاجل في القرض انما لم يلزم بمنزلة الاعارة وهو غير موجود فيما وجب بعقد الكفالة فلماذا صح تأجيله فيه ولو صالحه على شيء قبل أن يؤدي كان جائزاً لانه بنفس الكفالة وجب الدين للكفيل على الاصيل كما وجب للطالب على الكفيل ولكنه مؤجل على أن يؤدي عنه والصلح عن الدين المؤجل قبل حلول الاجل صحيح فان أدى الاصيل الطعام الى الطالب رجع على الكفيل بطعام مثله في ذلك كله (ما خلا خصلة واحدة) وهي ما اذا كان صالحه على طعام أقل من ذلك فانه لم يرجع الا بمثل ما أعطاه لان هذا كان منه اسقاطا لبعض حقه واستيفاء للبعض فلا يرجع عليه الا بقدر ما أوفاه وفيما سواه كان الصالح بينهما مبادلة وكان الكفيل كالمستوفي منه جميع الطعام بما أخذه من عوضه وانما استوفى ذلك ليقضى عنه ماعليه للطالب فاذا لم يفعل كان للاصيل أن يرجع عليه بما استوفى منه كما اذا أوفاه الطعام حقيقة ولو أخذ الكفيل الطعام من الاصيل قبل أن يؤديه ثم أداه كان التأجيل صحيحاً لانه استوجب المال عليه بعقد الكفالة قبل الاداء والتأجيل في الدين بعد وجوبه صحيح ولو صالح الكفيل الاصيل على دراهم ثم افترقا قبل أن يقبضها فالصلح باطل لانه استوجب عليه الطعام ديناً فاذا صالحه على دراهم كان ديناً بدين فلا يكون عفواً بعد المجلس والدراهم لا تعين بالتعيين ما لم تقبض وكذلك لو صالحه على شيء بغير عينه مما يكال أو يوزن ما خلا الطعام فانه ان صالحه على نصف كر حنطة الى أجل فهو جائز لانه لا مبادلة بينهما في هذا الصلح وانما حط عنه نصف الكر وأجله في ذلك النصف وذلك مستقيم والله أعلم

باب الكفالة والحوالة إلى أجل

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل مائة درهم الى أجل مسمى فضمنها رجل عنه الى

أجل دون ذلك أو أكثر منه أو مثله فهو جائز على ماسمى أما إذا لم يسم الكفيل شيئا فالأصل عليه إلى ذلك الأجل لأنه بالكفالة إنما يلتزم المطالبة التي هي ثابتة على الأصيل والمطالبة بهذا المال على الأصيل بعد حل الأجل فيثبت ذلك على الكفيل أيضا وأما إذا كفّل به إلى مثل ذلك فقد صرح بما هو مقتضى مطلق الكفالة والتصريح بمقتضى العقد لا يزيده إلا وكادة وأما إذا كفّل به إلى أجل دون ذلك فلا نه لو كفّل به حال لزمه المال في الحال لأن الأصيل لو أسقط الأجل لزمه المال في الحال فكذلك الكفيل وكفالاته على أن يؤديه حالا بمنزلة إسقاط الأجل فإذا جاز في جميع الأجل جاز في بعضه وإن كفّل به إلى أجل أكثر من ذلك فلا نه لو كان المال حالا على الأصيل فكفّل به الكفيل إلى أجل مسمى صح ولم يطالب الكفيل إلا بعد حل الأجل فكذلك إذا كفّل به إلى أجل أكثر من الأجل في حق الأصيل فإن كان أصل المال حالا فأخذ الطالب المطلوب حتى أقام له به كفيلًا إلى سنة فهو جائز والتأخير عنهما جميعا لأنه أضاف التأجيل إلى أصل المال وأصل المال ثابت في ذمة المطلوب فيثبت الأجل فيه ثم يثبت في حق الكفيل بثبوته في حق الأصيل وهذا بخلاف ما إذا أجل الكفيل سنة لأن التأجيل هنا غير مضاف إلى أصل المال بل هو مضاف إلى المطالبة التي التزمها الكفيل بالكفالة فيبقى أصل المال حالا على الأصيل ولو أن الكفيل أخر المطلوب بعد الحل إلى أجل مسمى كان التأخير عن المطلوب للكفيل دون الطالب لأنه أضاف التأخير إلى ما استوجبه على الأصيل بالكفالة وذلك في حكم دين آخر سوى دين الطالب ولأن التأخير تصرف من الكفيل بإسقاط حق المطالبة إلى مدة وذلك صحيح منه على نفسه دون الطالب (ألا ترى) أنه لو صالحه على ثوب أو أبرأه عن بعضه جاز ذلك عليه دون الطالب ولم يرجع به على المكفول عنه حتى يمضي الأجل كما لو أجله بعد الأداء ولو أجل المال عليهما ثم أخر الطالب الأصيل سنة فهو تأخير عنهما ولو أخر الكفيل سنة كان له أن يأخذ الأصيل بها حالة اعتبارا للتأجيل بالأبراء فكما أن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل وإبراء الأصيل يوجب براءة الكفيل فكذلك التأخير وبعد ما أخر الأصيل إذا أدى الكفيل المال قبل الأجل لأن إسقاط الكفيل الأجل صحيح منه فيما بينه وبين الطالب ودعواه غير صحيحة منه في حق المطلوب وإن كان أخر الكفيل سنة ثم أداه الكفيل قبل الأجل كان له أن يرجع على الأصيل في الحال لأن المال حال على الأصيل (ألا ترى) أن الطالب كان يطالبه به حالا فكذلك الكفيل يطالبه حالا بعد الأداء

بخلاف ما سبق والكفالة بالقرض الى أجل مسمى جائزة لان بدل القرض مضمون تجرى
 النيابة في أدائه فتصح الكفالة به وهو على الكفيل الى أجل وعلى المكفول عنه حالا لما بينا
 أن الكفيل اما التزم المطالبة بالعقد وذلك يقبل التأخير بالتأجيل ولو كفل رجل مالا عن رجل
 ثم كفل به عن الكفيل كفيل آخر وآخر الطالب عن الاصيل سنة فهو تأخير عن الكفيلين
 لان أصل المال في ذمة الاصيل فاذا صار مافي ذمته مؤجلا ثبت الاجل فيما هو بناء عليه
 (ألا ترى) انه لو أبرأ الاصيل منها برئ الكفيلان جميعا وان أخر عن الكفيل الاول فهو
 تأخير عنه وعن الكفيل الآخر والمال على الاصيل حال اعتبار التأجيل بالبراء وهذا لان
 المطالبة التي التزمها الكفيل الثاني بناء على المطالبة التي هي على الكفيل الاول فالتأجيل في
 حق الكفيل الاول يكون تأجيلا في حق الثاني دون الاصيل ولو كفل رجل عن رجل
 بألف درهم الى سنة ثم ان الكفيل باع الطالب بها عبدا قبل الاجل وسلمه اليه فاستحق العبد
 فالمال على الكفيل الى أجله بمنزلة ماله كانت هذه المعاملة للطالب مع الاصيل وهذا لان
 الاجل انما سقط حكما للعقد وقد انتقض العقد من الاصيل باستحقاق العبد فكالمال عليه
 الى أجله وكذلك لو رده المشتري بعيب بقضاء قاض لان الرد بالعيب بقضاء القاضي فسخ
 للعقد من الاصل ولو رد بغير عيب قاص ولم يسم أجلا فالمال حال على الكفيل لان هذا
 بمنزلة الاقالة بمنزلة العقد الجديد فانها تعتمد التراضي الا انها جعلت فسخا فيما بين المتعاقدين
 فيما هو من أحكام العقد الذي جرى بينهما والاجل ليس من ذلك في شيء فكان في حكم
 الاجل هذا بمنزلة عقد مبتدأ فلا يثبت الاجل في بدله الا بالشرط ولو كان قضاءه الالف
 معجلة نهجرة فوجدها ستوقه فردها عليه كان المال عليه الى أجله لانه تبين انه ماصار قابضا
 لدينه وسقوط الاجل من حكم قبضه فاذا لم يصر قابضا كان المال مؤجلا عليه وكذلك ان
 وجدها زيوفا فردها بقضاء قاض أو بغير قضاء قاض لان الرد بعيب الزیافة فسخ للقبض
 من الاصل بدليل أن الراذ ينفرد به وان يرجع بموجب العقد والعقد لا يوجب التسليم مرتين
 فلو لم ينتقض القبض من الاصل ما كان له أن يرجع بموجب العقد وهذا لان الزیوف غير
 الجياد التي هي دين في الذمة فالمقبوض انما يكون حقاله على أن يتجاوز به فاذا لم يتجاوز به
 ورده عرف أن المقبوض لم يكن حقاله وسقوط الاجل كان باعتبار أنه قبض حقه فاذا انعدم
 ذلك بقي الاجل كما كان وان كان حين أعطاه المال أعلمه انها زیوف فهو جائز لانه تجوز

بدون حقه فيصير الكفيل به قابضاً دينه ولا يجعل هذا مبادلة للاجل بالصفة لانه كان من غير شرط بينهما وانما تتحقق المبادلة اذا كان شرط ثم يرجع الكفيل على الاصيل بالحياد لانه بالكفالة استوجب ذلك عليه ولو أن الكفيل أحاله بالمال على رجل الى أجل أو حال فمات المحتال عليه مفلساً رجع المال على الكفيل الى أجله لان الحوالة تنسخ بموت المحتال عليه مفلساً على ما بينا فانما يعود الحكم الذي كان قبل الحوالة وهو أن المال عليه الى أجله ولو كفّل رجل عن رجل بألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه على أن المال على أحدهما الى سنة وعلى الآخر الى سنتين فهو جائز لان هذا هو الشرط لما جاء في الحديث الشرط أملاك أي يجب الوفاء به اذا أمكن وهو ممكن هنا لما بينا أن ما يلتزمه كل واحد من الكفيلين يفصل عما يلتزمه الآخر في حكم الاجل فان حل الاجل على صاحب السنة بأدائه رجع به على الاصيل لان انزال عليه حال وفاة كفّل هذا الكفيل عنه بأمره وأدائه يرجع به على الكفيل الآخر حتى تمضي سنة أخرى لان المال عليه مؤجل اني سنتين وهو كفيل عنه الى سنة فكما أن الطالب لا يطالبه بذلك إلا بعد سنتين فكذلك لا يؤدي عنه بحكم الكفالة لا يطالبه بشيء منه حتى تمضي السنتان ولو كان الاصيل باع "طلب عبداً بالمال وسلمه اليه برئ" الكفيل من الكفالة لبراءة الاصيل فان رد الطالب العبد عليه ببيع بغير قضاء قاض لم يرجع المال على الكفيل لان هذا الرد بمنزلة عقد مبتدأ في حق الكفيل وان رده بقضاء قاض أو استحق العبد من يده رجع المال على الكفيل لان بهذا السبب ينسخ العقد من الاصل في حق الكل فيود ما كان قبل العقد وهو المال على الاصيل والكفيل جميعاً واذا كان لرجل على رجل ألف درهم حالة أو الى سنة فأحاله بها على رجل الى سنة ثم مات المحيل وهي على المحتال عليه الى الاجل لان بالحوالة تحويل أصل المال الى ذمة المحتال عليه وثبت الاجل حقاً له وهو حي محتاج الى الاجل فيبقى الاجل في حقه بعد موت المحيل وان مات المحتال حل المال عليه لانه استغنى عن الاجل بموته فان لم يترك وفاء رجع المال الى المحيل فان كان الى أجل فهو عليه الى ذلك الاجل وان لم يكن له أجل فهو حال عليه لان الحوالة تنسخ بموت المحتال عليه مفلساً فعاده كان من الحكم قبل الحوالة ولو كان لرجل على رجل ألف درهم قرض والمطلوب على آخر ألف درهم قرض فأحال المطلوب الطالب بالألف التي للمطلوب على الآخر الى سنة فهو جائز وهي له الى سنة لانها إنما تجب للطالب على المحتال عليه بمقد

الحوالة والواجب بمقد الحوالة كالواجب بمقد الكفالة في صحة اشتراط الاجل فيه وليس للمحيل أن يأخذ المحتال عليه بالألف التي كانت له عليه لانه انما قبل الحوالة مقيدة بذلك المال فصارت مشغولة بحق الطالب ولا يبقى للمحيل سبيل على أخذها لو كانت عيناً له في يد المحتال عليه فكذلك اذا كانت ديناً في ذمته وان أبرأه منها أو وهبها له لم يجوز لأن حق الطالب تعلق بها وذلك يوجب الحرج على المحيل عن التصرف فيها ولو صح منه هذا التصرف بطل حق الطالب قبل المحتال عليه لانه ما التزم الحوالة بالمال مطلقاً وانما ألزمها مقيدة بذلك انما اذا سقطت عنه بالبراء أو الهبة لم يبق عليه مطالبة بشئ (لا ترى) أن الحوالة لو كانت مقيدة بوديعة في يد المحتال عليه فهلكت تلك الوديعة بطلت الحوالة فان مات المحيل وعليه دين فما كان قبض المحتال له في حياته فهو له وما لم يقبضه فهو بينه وبين الغرماء وعلى قول زفر رحمه الله الطالب أحق به من الغرماء لانه بمنزلة المرهون وقد تقدم بيان هذه المسئلة فيما أمليناه من شرح الزيادات ولو أحال رجل رجلاً على رجل بألف درهم الى سنة ثم ان المحتال عليه ترك الاجل وجعلها حالة كان ذلك جائزاً لأن الاجل حقه فيسقط باسقاطه كما لو أسقط الاصيل الاجل قبل الحوالة فان أداها لم يرجع بها على الاصيل المحيل حتى يمضي الاجل لأن اسقاط الاجل صحيح في حقه لأن حق المحيل ولو كان ديناً للمحيل على المحتال عليه ثم ان المحيل قضى أن من عنده كان له أن يرجع بها على المحتال عليه وليس هذا بتطوع عنه لأن أصل دينه بقي للمحتال عليه إلا أنه كان لا يطالبه به لاستغاله بحق الطالب فإذا زال ذلك الشغل بأدائه المال من عند نفسه فإنه أن يرجع بها على المحتال عليه وانما لم يجعل هذا تطوعاً منه لأنه قصد به تخليص ذمته عن حيز الغرماء بخلاف ما اذا قضاه عنه غيره فإنه يكون متطوعاً في ذلك ما ذكرناه من أنه أدى تخليص شيء نفسه وهو نظير تميم للرهن اذا قضى الدين لم يكن متطوعاً فيه بخلاف ما اذا قضاه غيره وهذا هو المؤدى متطوعاً كان المال الذي عليه له لاسقوط دين المالك عنه ببراء المتطوع كسقوطه بأداء نفسه ولو أحال رجل بماله إلى الصغير على رجل لم يجوز وكذلك برصي لأن الحوالة براء الاصيل ولا بد والوصى لا يتمكن الا براء في دين الصغير وكذلك الوكيل اذا لم يفوض اليه أو كل ذلك والمراد الوكيل بالقبض لانه ثابت في الاستيفاء وقبول الحوالة براء للاصيل وليس باستيفاء فاما الوكيل بالمقد اذا أحال رجل على رجل بما إلى أجل ثم ان المحتال عليه أحاله على آخر الى

أجل مثل ذلك أو أكثر أو أقل لم يكن له أن يرجع على الطالب حتى يقبض الطالب ماله لان
بالحوالة لم يصير الطالب مستوفيا شيئا والمال بعرض العود على الاصيل فانه تنفسخ الحوالتان
بموت المحتال عليه عليهما مفلسين ولو احتال رجل على رجل بمال الى أجل ثم مات المحتال
عليه وترك وفاء وعليه دين فكان في طلب الغرماء وقسمته تأخير بعد الاجل لم يكن للطالب
أن يرجع على الاصيل حتى ينظر الى ما يصير أمره لان الحوالة باقية بعد موت المحتال عليه
مليا فان تركته خلف فيما هو المقصود وهو قضاء الدين منه ومع بقاء الحوالة لا سبيل للطالب
على المحيل في المطالبة بشئ والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب الأمر بالضمآن

(عل رحمه الله) واذا أمر رجل رجلا أن يضمن لرجل ألف درهم وليس بخليط له فضمها
له فهي ذممة الكفيل يأخذها الطالب لانه التزمها وهو من أهله والمضمون ما يكون لازما
في ذمته ويكون هو مجبرا على أدائه فاذا أراها لم يرجع بها على الأمر لانه لم يأمره أن يضمن
عنه ولم يشترط الكفيل لنفسه ضمانا عليه وهو قمر بن حنيفة ومحمد رحمه الله وهو قول
أبي يوسف الاور رحمه الله ثم رجع ضمان يرجع بها على الذي أمره ذم أمره ايا بالضمآن
بمنزلة الاعتراف منه أن ذل عليه وانه ياتزم المطالبة عليه من الر ويستطيع الطالب اعنه لإداء
وقد بيناه في المسئلة فأعادها في الفريع ولم يذكرها فيما سبق وقال ان كان الكفيل ان لم
أضمن لك ديننا كان لك على أحد وانما ضمننت بك ما لا يمكن عي ولا على غيري فان الطالب
لا يكلف شيئا ولا يطالب منه تفسير رجه هذا المال من أين كان وكيف كان ولكن كان
الكفيل يؤخذ بالضمآن باقراره أو بالبيينة التي قامت للطالب عليه بالضمآن والكفيل هو الذي
ضيق حقه حين كفل على وجه لا يستطيع الرجوع به على أحد وهذا لان مطلق العقود الشرعية
محمولة على الصحة وقد باشر الكفيل الكفالة ظاهرا ووجه صحتها أن يكون ملتزما للمطالبة
بما هو واجب على الاصيل فيصير هو مقرا بذلك ثم هو بالكلام الثاني رجع عما أقر به أولا
فيكون رجوعه باطلا واقاراره وان لم يكن حجة على غيره فهو حجة عليه بمنزلة ما لو قال فلان
على فلان ألف درهم وأنا بها كفيل عنه بأمره وأنكر الاصيل ذلك كله فان المقر يطالب
بالمال ولا يرجع به على أحد اذا أدى وكذلك لو قال رجل لا خرا كفل فلان بألف درهم

ففعل أو قال احتال عليك فلان بألف درهم فأشهد له الآخر أنه قال احتال عليه بألف درهم
فالمال لازم للكفيل لمباشرته سبب الالتزام وهو الكفالة والحوالة وليس على الآخر من ذلك
شيء لأنه أمره بالكفالة عنه وليس من ضرورة أمره بالكفالة والحوالة وجوب أصل
المال عليه لأن الكفالة والحوالة من المباشر كما تجوز بالمال الذي على الآخر لفلان تجوز
بالمال الذي على غيره لفلان ويحتمل أن يكون الآخر رسول ذلك المطلوب إليه أو فضولاً
أمره بذلك ومع الاحتمال لا يثبت المال عليه وكذلك لو كان الآخر عبداً أو مكاتباً أو صبيّاً
وإن كان المأمور صبيّاً تاجراً لم يجب عليه الضمان لأنه ليس من أهل الالتزام بالكفالة سواء
كان المال على الآخر أو غيره وإن كان المأمور مرتداً فإن أسلم فضمانه جائز عليه وإن قتل
على الردة فضمانه باطل في قول أبي حنيفة رحمه الله كسائر تصرفاته وإن لحق بالدار فذلك بمنزلة
موته فنقول إن رجع مستأثماً أخذناه بالضمان هكذا في بعض النسخ من الأصل والصحيح
فإن رجع مسلماً لأن المرتد لا يعطى الأمان وإذا خرج مستأثماً قتل على الردة إن لم يسلم وكان
الضمان باطلاً عند أبي حنيفة رحمه الله وإذا قال رجل لآخر اضمن لفلان ألف درهم التي له
على أو قال أحتل لفلان عليك بألف درهم له على أو قال اضمن لفلان ألف درهم على أنها
لك على أو قال على أنى ضامن لها أو قال على أنى كفيل بها أو قال على أن أؤديها إليك
أو قال على أن أؤديها عنه فضمن له فهو جائز ويرجع به الكفيل على الآخر إذا أداه لأن في
كلام الآخر تصريحاً بوجوب المال عليه للطالب فيكون هذا أمراً منه للمأمور في ذمته
مما يؤديه من ماله أو التزاماً له ضمان ما يؤديه إلى الطالب وذلك يثبت حق الرجوع له عليه
إذا أدى وإذا أمر رجل خليطاً له أن يضمن لفلان ألف درهم فضمنها له والآخر مقر بأن
الألف عليه فأدى الكفيل المال رجع به على الآخر استحساناً لأن الخلطة بينهما تقوم
مقام تصريحه بالامر بالكفالة عنه فإن الخلطة بينهما مقصودة لهذا وهو أن يؤدي عنه ماله
ليرجع به عليه فنزل ذلك منه منزلة قوله اضمن لفلان عني والخليط عندنا هو الذي يأخذ منه
ويعطيه ويدائنه ويضع المال عنده وكل من في عياله فهو بمنزلة الخليط نحو ابنه الكبير إذا كان
في عياله لأنه يحفظ ماله في يده ولهذا لو وضع الوديعة عنده لم يكن ضامناً وكذلك إن أمر
الابن أباه والابن كبير في عيال أبيه أو المرأة زوجها فهو مثل ذلك كل واحد منهما يحفظ ماله
بيد صاحبه فذلك بمنزلة الخلطة بينهما وإذا أحال رجل على رجل بألف درهم كانت للمحيل

على المحتال عليه فأدأها فقال المحيل المال لي وقال المحتال المال لي فالتقول للمحيل لان وجوب
المال للمحيل على المحتال عليه معلوم ووجوب المال للمحتال غير معلوم وفي هذه الحالة
احتمال يجوز أن يكون المحتال وكيله في قبضها من المحتال عليه ويجوز أن يكون مقصوده
استقاط مطالبته المحتال عن نفسه بمال كان له عليه فلا يجب المال بالشك للمحتال على المحيل
ولا يثبت مع الاحتمال الا أدنى الأمرين وهو أن يكون المحتال وكيله للمحيل في قبض المال
فاذا قبضها أمر بتسليمها اليه حتى يثبت دين نفسه على المحيل وكذلك لو قال له اضمن له ألفي
التي لي عليك أو اكفل له بألفي التي لي عليك لانه ليس في كلامه اقرار بوجوب المال
للتطالب على الأمر ويحتمل أن يكون وكيله في قبضه من مديونه ولو أن رجلاً أتى خليطاً
له فقال اضمن لفلان ألف درهم فضمها له وأدأها اليه فلا أمر أن يأخذها من المضمون له
وهو وكيل للأمر في ذلك وليس للكفيل أن يمتنع من دفعها الى المكفول لانه ليس في
كلامه اقرار بوجوب المال للمضمون له عليه والخلطة بين الأمر وبين الضامن لا بينه وبين
المضمون له وتلك الخلطة لا تكون دليل وجوب المال للمضمون له على الأمر فهذا كان
المضمون له وكيل الأمر اذا قبض المال أمر بالدفع اليه وليس للضامن أن يمتنع عليه من دفعها
الى المضمون له لانه التزمها له بمقد الكفالة الا أن يحضر الأمر فان حضر وادعى أن المال
له على المأمور كلف إقامة البيعة على ذلك والا حلف المأمور وبرئ منهما فاذا حلف برئ
من حق الأمر والمضمون له وكيل من جهته وبراءته عن مطالبة الموكل توجب البراءة من
مطالبة الوكيل ضرورة لانه ادعى لنفسه ديناً عليه فيحتاج الى إثباته بالبيعة واذا لم يكن له بيعة
فالتقول قول المنكر مع يمينته ولو كان المأمور ليس بخليط للأمر كان الضمان جائزاً لانه التزمه
بمقد الكفالة والمال للمكفول له دون الأمر لان المكفول له لا يمكن أن يجعل وكيله للأمر
هنا فان ذلك لا يكون الا بعد وجوب المال للأمر على المأمور وليس في لفظه ما يدل على
ذلك ولا يثبت بينهما بدل على أنه انما ضمن المال له وكان هذا التزاماً من المأمور للمكفول
له خاصة ولو كان الكفيل خليطاً للمكفول له لم يرجع على الأمر بشيء لانه لا سبب بين
الأمر وبين المأمور والخلطة التي بين الكفيل والمكفول له لا تكون دليلاً على أن الأمر
انما أمر المأمور بالضمان عنه فلماذا لا يرجع عليه بشيء الا في قول أبي يوسف الآخر رحمه الله
على ما بينا والله أعلم بالصواب

باب تكفل القاضى فى الدعوى

(فل رحمه الله) واذا ادعى رجل على رجل ما لا عند القاضى فأنكره وسأل المدعى أن يأخذ له كفيلا منه بنفسه وادعى أن له يدنة حاضرة أخذ له منه كفيلا معروفا بنفسه ثلاثة أيام وفى القياس لا يأخذ كفيلا لآخر بنفس الدعوى لا يجب شئ على الخصم لكون الدعوى خبرا محتملا للصدق والكذب وفى الاجبار على اعطاء الكفيل إزام شئ أباه وانما تركنا القياس للتعامل من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا فان القضاة يأمرؤن بأخذ الكفيل من الخصوم من غير تكير منكر ولا زجر زاجر وفيه نظر للمدعى لانه اذا أحضر شهوده فلا بد من حضور الخصم ليشهدوا عليه وربما يهرب أو يخفى شخصه فيعجز المدعى عن اثبات حقه عليه وفى أخذ الكفيل بنفسه ليحضره نظر للمدعى ولا ضرر فيه على المدعى عليه فهو نظير الاستخلاف والخصم يستحلف عند طلب المدعى بعد انكاره وان لم يتوجه له حق فى تلك الدعوى واكن فيه منفعة للمدعى من غير ضرر فيه على الخصم اذا كان محقا فى انكاره وكذلك الاشخاص الى بابه يثبت بنفس الدعوى بما لها من النظر للمدعى فكذلك أخذ الكفيل وشرط أن يكون الكفيل معروفا لان مقصود المدعى لا يحصل بالمجهول فتد يهرب ذلك المجهول مع الخصم والتعذير بثلاثة أيام ليس بلازم ولكن يأخذ كفيلا الى المجلس الثانى وقد كان القاضى فيهم يجلس بنفسه كل ثلاثة أيام وان كان يجلس فى كل يوم فرعا يعرض للمدعى عارض فيتعذر الحضور فى المجلس أو المجلسين وانما أخذ الكفيلين لنظر المدعى فيؤخذ الكفيل على وجهه لا يؤدي الى التغنى فى حق المدعى وان قال ينتى غيب لم يأخذ له منه كفيلا لانه لا فائدة فى أخذ الكفيل هنا فلغائب كالهالك من وجه وليس كل غائب يؤب وان أراد المدعى استخلاف الخصم يمكن منه فى الحال فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل وكذلك انه أقام شاهدا واحدا لان بالشاهد اواحده يثبت للمدعى شئ كما يثبت بنفس الدعوى وان قال لا يدة لى وأنا أريد أن أسف نفذ لى منه كفيلا لم يأخذ منه كفيلا ولكنه سئل عنه كما حكى المصنفين يختلف باختلاف الاراء والقاضى مأمور بفصل الخصومة في أولها وان كان المدعى استخلفه حاله بكونه المدعى طالبا لذلك فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل ا قال يدعى حاضرة نفذ لى منه كفيلا فقال المصنف له ولى كفيلا فأي أمر بالمدعى أن يلزمه أن يحضر شهوده لان المأزومة فى المرافعة قد كان عارضا بعد

رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم مرة على أبي بن كعب
 رضى الله عنه وهو يلزم غريما له الحديث وليس تفسير الملازمة أن يقعد في موضع ويقعد
 الى جنبه فان ذلك حبس وليس له ذلك قبل أن يثبت دينه عليه ولكن (تفسير الملازمة)
 أن يدور معه حينما دار فاذا دخل على أهله قعد من يلزمه على باب داره وان كان يخاف
 أن يهرب من جانب آخر فلما أن يقعد معه على باب داره حيث يراه أو يأذن له في أن يدخل
 معه ليلزمه اذ المقصود هو الامن من هروبه والتمكن من احضاره اذا أحضر شهوده
 ولا يحصل الا بذلك وان أحب أن يستحلفه فعل لان اليمين حق الدعوى قبل المدعى عليه وله
 فيه غرض صحيح وهو التوصل الى حقه في أقرب الاوقات بنكوله وفيه اختلاف بين
 أبي حنيفة وصاحبيه رحمهما الله وموضع بيانه شرح أدب القاضى للخصاف رحمه الله ولا ينبغي
 أن يسجنه لان الحبس قوى العقوبات في دعوى المال فلا يثبت بمجرد الدعوى قبل أن
 يثبت المال عليه وان قال الطالب خذلى منه كفيلا بالعين التي ادعيتها في يده أخذله كفيلا بها
 أيضا لانه لا يتمكن من إقامة البينة الا باحضار العين وربما يخفيها الخصم ولا وجه لاجراجها
 من يده قبل إقامة المدعى حجه وكان أخذ الكفيل بها وأخذ الكفيل بنفسه سواء وان كان
 الكفيل بنفسه وبذلك الشئ واحدا جاز لان المقصود حاصل وان أراد الطالب كفيلا بنفسه
 ووكيلا في خصومته فان القاضى يأمر المطلوب أن يعطيه ذلك ثلاثة أيام هكذا قال هنا لان
 الخصم ربما لا يبالي بالكفيل بالنفس ويهرب فلا يتمكن المدعى من اثبات حقه بالبينة على
 الكفيل وفي الزيادات قال لا يجبر على اعطاء الوكيل في خصومته هذا هو الاصح لان المدعى
 عليه يقول أنا أقدم الى الخصومة من غيرى خصوصا في هذه الحادثة وربما لا ينظر الوكيل
 ولا يشتغل بالدفع بما أشتغل به اذا حضرت في الاجبار على اعطاء الكفيل اضرار به
 والقاضى ينظر لأحد الخصمين على وجه لا يضر بالآخر فاذا أراد الطالب أن يكون ضامنا
 لما قضى له عليه فان القاضى لا يجبر المطلوب على ذلك لان بعد اثبات الدين لا يجبر الخصم على
 اعطاء الكفيل به فقبل اثباته أولى وهذا بخلاف ما اذا كان المدعى عينا فان هناك لا يتمكن
 من اثبات المدعى الا باحضار العين وهنا يتمكن من اثبات الدين عند احضار الخصم وانما
 الكفيل بالمال هنا للتوثق لجانب المطالبة ولم تتوجه له مطالبة بالمال قبل اثباته فكيف يجبر
 على اعطاء الكفيل به وان بعث القاضى مع الطالب رسولا يأخذله كفيلا فكفل به الكفيل

الطالب أو أحضره القاضي فكفل عنده ثم رده الكفيل الى الطالب برى لان الكفالة كانت له وقد أوفاه حتمه حين سلم نفس الخصم اليه وان كانت الكفالة للقاضي أو لرسوله الذي كفل له به وقال زفر رحمه الله يبرأ لان الكفالة للطالب في الوجهين جميعا فانها تنهى على دعواه ولكنها تقول المقصود لا يمتنع مع التصريح بخلافه وقد صرح الكفيل بالتزام النفس الى القاضي أو الى رسوله فلا يبرأ بدونه وان كفل له بنفسه الى ثلاثة أيام فتغيب الطالب الكفيل على كفالته حتى يدفع صاحبه اليه ويبرأ منه لان التزام التسليم اليه لا يبرأ بمضي الوقت بدون الوفاء بما التزم والعبد التاجر والمكاتب والصبي التاجر مطلوبوا كان أو طالبا والمستأمن والذمي والمرتد في جميع ذلك بمنزلة الحر المسلم لان الكفالة بالنفس تنهى على الدعوى والدعوى صحيحة من هؤلاء وعليهم وان قسم رجل مكاتبه الى اتاضي وادعي مضي أجل الكتابة وقال يئتي حاضرة نخذلي منه كفيلا بنفسه لم يأخذه لانه عبده والمولى لا يستوجب على عبده حقا قويا يصح التزامه بالكفالة (ألا ترى) أنه لو كفل عن المكاتب لمولاه ببذل الكتابة الذي عليه لم يحز ذلك وكذلك لا يأخذ كفيلا بنفسه في دعوى ذلك قبله (ألا ترى) أن المكاتب لا يتمكن من أن يعجز نفسه لا يتأهب بشيء من ذمته وكذلك لو ادعى على عبده تاجر دعوى وعليه دين أو لادين عليه فان المولى لا يستوجب على عبده ديناً ولو ادعى المكاتب قبل مولاه ديناً فانه يؤخذ للمكاتب كفيل بنفسه أولى لانه يستوجب قبل مولاه من الحق ما يستوجب قبل غيره (ألا ترى) أنه لو كفل كفيل بدين الذي له على مولاه جاز فكذلك يؤخذ له الكفيل بنفسه وكذلك العبد التاجر يدعى قبل مولاه ديناً وعلى العبد دين لان كسبه حق غرمائه فهو يستوجب قبل مولاه حق غرمائه وان لم يكن على العبد دين لم يؤخذ له من مولاه كفيل لان كسبه خالص حق المولى ولا حق له قبل مولاه اذا لم يكن عليه دين وان ادعى رجل دعوى والمدعى عليه محبوس في حق رجل فأراد الطالب أن يخرج من السجن حتى يخاضمه فقال الذي حبسه خذلي منه كفيلا بنفسه فيما لي عليه فانه يخرج له ويخاضمه وهو معه حتى يرده الى محبسه ولا يأخذ منه كفيلا بنفسه لانه في يده وهو محبوس معناه انما يخرج مع أمينه وهو في السجن محبوس في يد أمينه فكذلك اذا أخرجه ولا غرض للطالب هنا في المطالبة بالكفيل سوى التعتيت فلا يجبره القاضي الى ذلك وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في الكفالة بالنفس لا يجعل لها أجلاً انما ذلك على قدر خلوصه الى القاضي

حتى اذا كان يمكنه من التقدم الى القاضي في أكثر من ثلاثة أيام جاز ذلك على أكثر من ثلاثة أيام وهذا عندهم جميعا لان المعتبر توفير النظر على المدعى واذا كانت الدعوى في شيء بعينه خفت أن يعجزها المطلوب وكانت غير معينة وضمتها على يدى عدل ولم أجعل لذلك وقتا وجعلته بمنزلة الكفالة لان في التعديل هنا معنى النظر للمدعى وليس فيه كثير ضرر على المدعى وقد بينا انه يأخذ كفيلا بتلك العين ولكن المقصود ربما لا يتم بأخذ الكفيل بأن يعيها الخاصم ولم يعرف الشهود أوصافها فلا يتمكنون من أداء الشهادة فان كان ذلك مما يعرفه الشهود أو مما لا يمكن تعيينه أصلا لم يصفه على يدى عدل لان النظر يتم بأخذ الكفيل بمحضر من ذلك الشيء وأما العقار فليس فيه كفالة ولا يوضع على يدى عدل حتى يقيم البينة لان تعيينه غير ممكن ولا حاجة الى احضارها لاقامة البينة وانما اقامة البينة بذكر الحدود فان قامت بينة وكانت أرضا فيها نخيل تمر فلا بد من أن يوضع هذا على يدى عدل اذا خيف على المطلوب استهلاكه لانه لما أقام البينة فقد ثبت حقه من حيث الظاهر (ألا ترى) انه لو قضى القاضي له قبل أن تظهر عدالة الشهود بعد قضائه فن تمام النظر له أن يوضع على يدى عدل لكيلا يتمكن المطلوب من استهلاكه ويؤخذ الكفيل في دعوى الدين وفي العتق والطلاق وجميع أجناس حقوق العباد مما لا يندرى بالشبهات واذا ادعى المدعى ألف درهم وقال سله أقر بمالى أو ينكره فانه ينبغي للقاضي أن يسأله عن ذلك ليعلم المدعى انه بماذا يعامله الناس فان أنكر قال للمدعى أحضر بينتك وان لم يقر ولم ينكر قال للمدعى أحضر البينة لان الساكت بمنزلة النكر وان لم يكن للمدعى بينة وطلب يمينه فان كان أنكر استخلفه القاضي له وان لم يقر ولم ينكر فقد روى عن أبي حنيفة رحمه الله أن القاضي لا يستخلفه ولكن يجبسه ليتجنب خصمه لان الاستخلاف لترجع جانب الصدق في انكار المدعى عليه فلا معنى للاشتغال به قبل انكاره وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أن القاضي يستخلفه لان سكوته قائم مقام الانكار شرعا حتى يقبل عليه البينة بعد سكوته فكذلك يرض اليمين على الساكت حتى يقضى عليه بالنكول حتى المدعى ولا ينبغي للقاضي أن يجبسه حتى يقر أو ينكر ولا يجبره على ذلك لانه ما ثبت عليه شيء بمجرد سكوته فلا يعاقبه بالحبس والمقصود حاصل من غير أن يجبره على الانكار لان سكوته قائم مقام انكاره فان النكر ممتنع والساكت كذلك وان قال المطلوب للقاضي سل الطالب من أى وجه يدعى على هذا المال سأله من غير أن يجبره على ذلك فان

أبي أن يبين وجهه سألته البينة لأنه بدعوى المال قد تم ما تكمن محتاجا إليه من جانبه وربما
يضره بيان الجهة وليس للقاضي أن يجبر أحدا على ما يضره ولا أن يجبره إذا امتنع من ذلك
والكن يسأله البينة فإن لم تكن له يدعة استخاف انطلوب بالله ماله قبله هذا الحق ولا شيء منه
فإن حلف دعا المدعي ما بين شهود وفي هذا إيراد ما زاد للمدعي أن يستخاف الخصم وإن كان
شهوده حضورا وهو يترحمها فأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يستخافه إذا زعم المدعي أن
شهوده حضورا هكذا ذكره في التواريخ لأن مقتعود المدعي من ذلك هناك ستر المدعي عليه
وافتنحه وإذا شهد شاهدان أو ثلثة رجل بألف درهم يقال أحدهما هي يبيض وقال
الآخر سود والبيض صرف والآخر من ادعى الطالب البيض أو ادعى المدين جميعا
قضيت له بالسود لاتفاق الشاهدين على ذلك لنظا ومعنى فإن البياض صفة زائدة لا تثبت
بشهادة أحدهما وتبقى شهادتهما على أن المال لا يفتى بالقدر المتين وهو الشهود وإذا ادعى
المدعي السود بطلت شهادة الشاهد على البيض لأن الكذب في ذلك ولا يقضى له بالسود
يحضر شاهدا آخر عليها وكذلك لو أشرك بكرة حنطة فقل أحدهما جسد ولا خر ردى
أو شهد أحدهما بكرة حنطة ولا خر بكرة شعير لم يقض المدعى شيء لأن الكل واحد من الجنسين
شاهد واحد والمدعي ادعى أحدهما فينبغي أن يكون شاهد روى ادعى عليه مائة
درهم فشهد بها شاهد ولا آخر بمائتين لم تقبل الشهادة في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي
قولها تقبل على مقدار المائة وهذا بناء على ما سبق من أنهما اتفقتا بين الشاهدتين معنى بكفى
لقبول الشهادة وعند أبي حنيفة رحمه الله يعتبر اتفقا في اللفظ والمعنى جميعا ولو ادعى مائة
وخمسين فشهد له أحدهما بمائة والآخر بمائة وخمسين بازت شهادتهما على المائة لأنه ما افقا
عليها لفظا ومعنى وإنما تفرد أحدهما بزيادة الخمسين وسما اسمان أحدهما معطوف على الآخر
ولو ادعى خمسة عشر فشهد له شاهد بعشرة الآخر بخمسة عشر لا تقبل عند أبي حنيفة
رحمه الله في شيء لأن هذا كله اسم واحد لقدر معلوم بدليل أنه خلا عن حرف تعدف فهو
كالمائة والمائتين وعندهما تقبل الشهادة على الأقل في جميع ذلك وسوقا، شريح رحمه الله فإنه
شهد عنده شاهدان أحدهما بتسعمائة والآخر بثمناثة فقضى شريح رحمه الله بألف وروى
نحو ذلك عن الحسن وإبراهيم رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله سمعت ابن أبي ليلى رحمه
الله يقول شهادة أهل الأهواء جائزة وبها هذا في كتب الشهادات أنه قول علماء شارحهم

الله وبين المعنى فيه فقال انما الهوى شئ افتن به رجل فأخطأ في ذلك فلا ينبغي أن نبطل به
 شهادته وانما دخلوا في الهوى لشدة المبالغة في الدين فانهم عظموا الذنوب حتى جعلوها كفرا
 فيؤمن عليهم شهادة الربا (ألا ترى) أن أعظم الذنوب بعد الكفر القتل ثم دماء أصحاب رسول
 الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم أعظم الدماء وقد قتل بعضهم بمضا فلو شهد بعضهم على
 بعض أما كان تجوز شهادتهم الا الخطائية وهم صنف من الروافض فانهم بلغني أن بعضهم يصدق
 بمضا بما يدعى ويشهد له به اذا حلف عنده أنه محق فهذا متهم في شهادته فلا أقبل شهادته لهذا
 واذا ادعى رجل قبل رجل ألف درهم وقال خمسمائة منها من ثمن عبد قد قبضه وخمسمائة
 من ثمن متاع قبضه وجاء بشاهدين فشهد أحدهما على خمسمائة ثمن عبد وشهد الآخر على
 خمسمائة ثمن متاع قد قبضه فانه يجوز من ذلك خمسمائة لان البيع انتهى بتسليم المقتود عليه
 وانما دعواه دعوى الدين فهو كما لو ادعى ألفا وشهد له الشاهدان بخمسمائة ولو شهد شاهدان
 أن لرجل على رجل ألف درهم وشهد أحدهما أنه قبض منها خمسمائة وأنكر الطالب قبضها
 فشهادتهما بألف جائزة لانهما اتفقا على وجوبها وانما تفرد أحدهما بالشهادة بشئ آخر وهو
 أنه قبضه خمسمائة ولو قضاه جميع المال لم يطل به من الشهادة فهذا مثله وعن زفر رحمه الله
 أن هذه الشهادة لا تقبل لان المدعى مكذب أحد شاهديه ولكننا نقول ذو غير مكذب له
 فيما شهد له به وانما كسبه بما شهد عليه وذلك لا يضره فكل أحد يصدق شاهد فيما شهد له
 به ولا يكتذب بما شهد عليه رأيت لو شهدا أنه أجراه سنة أو كنت تبطل شهادته حتى أصل
 المال بذلك ورشده شاهدان لرجل على رجل بألف درهم فقال الطالب انما لي عليك خمسمائة
 وقد كانت ألفا فبضمتها خمسمائة من المال لم يصل بنا. شهادتهما جائزة بخمسمائة
 فإنه لم يكذبهما. وفي رواية شاهدتهما بتوقيع محتمل متديستوفي المدعى دحضه
 ولا يعرف شاهد بذلك وقال لم آمن لي عليك قط إلا خمسمائة أبطلت شهادتهما لانه قد
 أكذبهما فيما يشهدان له من الزيادة ولو شهدا على رجل لرجل بألف درهم من ثمن جارية قد
 قبضها المشتري فقال البائع قد شهدهم المشتري بهذه الشهادة والدين باق عليه من ثمن الدين
 متاع أجزت شهادتهما لما بينا أن البيع اذا كان مقبوضا فالمقد فيه منتهى وانما دعواه دعوى
 الدين وقد صدق الشهود في ذلك ولو قال لم يشهدهما بهذا ولكن أشهدهما أنه من ثمن
 متاع أبطلت شهادتهما لانه أكذبهما فيما شهدا له به وأقر عليهما بالغفلة والنسيان ولو شهد أنه

كفل له بألف درهم عن فلان كان له أن يأخذه بالمال لأنه ما كذبهما في الشهادة ويجعل ما ثبت بشهادتهما كالثابت باقرار الخصم ولو قال لم يقر بهذا وانما أقرانها كانت عن فلان بطلت شهادتهما لأنه قد أ كذبهما ولو أنكر المطلوب أن يكون للطالب عليه شيء فشهد له شاهدان بألف درهم فجاء المطلوب بشاهدين يشهدان بالبراءة منها والدفع اليه أجرت ذلك لأنه لا منافاة بين انكاره للمال في الحال وبين ما ادعى من الإبراء والايفاء وكذلك لو قال لم يكن له على شيء قط ثم أقام البيينة على الإبراء والايفاء وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول هنا لا تقبل بيئته لكونه مناقضا في دعواه ولكننا نقول هو غير مناقض لأنه يقول ما كان له على شيء قط ولكن افتديت نفسي من المال الذي ادعاه على أو سألته أن يبرئني ففعل ذلك والبيينة حجة فلا يجوز إبطالها مع العمل بها ولو كان قال لم أدفع اليه شيئا أولم أقبضه شيئا أو لم أعرفه أو لم أكله أو لم أخاطه لم أقبل منه البيينة بعد ذلك على دفع المال لأن ما تقدم من كلامه كذاب منه لشهوده وشهادة الشاهدين على البراءة في دين أو كفالة وقد اختلف في الوقت أو المكان جائزة لأن البراءة جائزة باقرار من الطالب فلا يضرهم الاختلاف في المكان أو الزمان ولو كانوا كفلاء ثلاثة بعضهم كفيل عن بعض فشهد اثنان على واحد أنه دفع المال الذي عليهم لم يميز شهادتهما لأنهما ينفعان أنفسهما بذلك وهو استعاط مطالبة الطالب عنهما ولم يرجع عليهما المنهود له بشيء لأنهما لم يبرآ من شيء من حق الطالب وإنما يرجع الكفيل على الاصيل إذا اسفاد الكفيل البراءة من حق الطالب فاذا لم يوجد ذلك لم يرجع عليهما بشيء والله أعلم

باب ما يصدق فيه الدافع من قضاء الدين

(قال رحمه الله) وإذا كان لرجل على رجل ثلثمائة درهم كل مائة منها في صك فصك منها قرض وصك كفالة عن رجل وصك كفالة عن آخر فدفع المطلوب مائة درهم الى الطالب وأشهد أنه من صك كذا فهي من ذلك الصك لأنه هو المعطى وقد صرح في الاعطاء بالجهة التي أعطى بها المال فتصريحه بذلك في منه الاعطاء بسائر الجهات ولا معارضة بين النافي والاثبت وكذلك ان لم يشهد عند الاعطاء فوقع الاختلاف بينه وبين الطالب في الجهة التي أعطى بها فالقول قول المطلوب لأنه هو المالك لما أدى من الطالب والقول في بيان جهة الطالب للتملك قول المملك لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايمان فالقول ما يقوله البائع وهذا لأنه

لو أنكر المليك أصلا كان القول قوله فكذلك إذا أقروا بالتليك من جهة دون جهة وهذا
لأن المديون إنما يقضي الدين بملك نفسه والآنسان مطلق التصرف في ملك نفسه مقبول البيان
فيه في الانتهاء كما في الابتداء إذا كان مفيدا له وهذا بيان مفيد وربما يكون ببعض المال رهن
فتعين المدفوع مما به الرهن ليسترد الرهن وربما يكون ببعض المال كفيل فتعجل المكفول
له من ذلك ليبرئ كفيله وإن مات الدافع قبل أن يقول شيئا من ذلك كانت المائة من كل
صك ثلاثة لأنه ليس جعل المدفوع من بعضها بأولى ببعض ولا بيان في ذلك لورثته لأنهم
إنما يخفون في ما صار ميراثا لهم والمال الذي قضى به دينه لم يصير ميراثا لهم لأنه مجرد رأى كان
له في التمين فلا يصير ميراثا وهو حق البيان لما أراده عند الاعطاء ولا طريق لورثته إلى
معرفة ذلك فلا يقومون فيه مقامه كحق البيان في التمسك بالمهم وكذلك إن مات الدافع والمدفوع
إليه واختلفت الورثة فلهما من كل صك ثلاثة إلى أن تقوم اليقينة على شيء كان من الدافع قبل
موته فيها تعيين بعض الجهات فيجعل الثابت باليقينة كالناتج بالمعينة أو يتصادق الورثة كلهم
على شيء يعني ورثة الدافع والمدفوع "إليه لأن الحق لهم فاذا تصادقوا على شيء كان ذلك كالناتج
باليقينة أو يكون الفايض حيا فيقول شيئا فتصدقه ورثة الدافع في ذلك ولو كان لرجل على رجلين
ألف درهم في صك ثم إن أحدهما كفيل عن صاحبه بأمره ثم أدى خمسمائة مما في الصك فجعله
من حصة المكفول عنه عند الدافع أو بعد الدفع فذلك صحيح والقول فيه قوله وبرجع بها
المكفول عنه لأنه هو المالك لما أدى وهذا البيان منه مفيد إذا قبل منه كان مؤديا دين الكفالة
فيرجع على الأصيل لأنه كفيل عنه بأمره ولو لم يؤد شيئا حتى كفيل آخر عنه أيضا بأمره
فصار كل واحد منهما كفيلًا عنه وأما الكفالة على ذلك في أصل الصك في عقد البيع
أو القرض أيهما قضى شيئا فهو من حصته خاصة دون حصة صاحبه حتى يؤدي حصة له
لا فائدة له في أن يجعل المؤدي عن صاحبه لا من جهة صاحبه بأن يقول أنا كفيل عنك
بأمرك وأداؤك عني كأدائي بنفسني فكان لي أن أجعل المؤدي عنك فأنا أجعله الآن عنك فلا
يزال يدور كذلك بخلاف ما سبق فأنؤدي هناك إذا جعل المؤدي عن صاحبه لا يكون لصاحبه
أن يعارضه فيجعل المؤدي عنه لأن صاحبه ليس بكفيل عنه فإن أدى زيادة على مقدار حقه
كانت مما كفيل به عن صاحبه لأن صاحبه لا يتمكن في معارضته من هذه الزيادة وقد استفاد
البراءة عن حصته بأدائه وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل وكذلك إن شرط عند الأداء

لنصف أن يؤدي ذلك من حصة صاحبه فانه لا يكون من حصته حتى يؤدي زيادة على النصف لان هذا الشرط حق لا يفيد شيئا فان صاحبه يعارضه بجعل المؤدى عنه . ولو كان ثلاثة نفر عليهم ألف درهم من ثمن بيع وبعضهم كفلاء عن بعض كان ما أدى أحدهم من حصته الى الثلاث فاذا جاوز الثلاث كانت الزيادة من حصة صاحبه لا يستطيع أن يجعلها من حصة أحدهما دون الآخر لان كل واحد من الآخرين كفيل عن صاحبه كما أنه كفيل عنهما فاذا جعل الزيادة من حصة أحدهما كان للمجموع ذلك من حصته أن يجعله من حصة الآخر بالطريق الذي بدنا فتحقت المعارضة بهما فلماذا كانت الزيادة من النصيبين جميعا فيرجع على كل واحد منهما بنصف ذلك كما هو قضية المعارضة والمساواة ولو كانوا مكاتبين ثلاثة بعضهم كفلاء عن بعض فأدى بعضهم طائفة من الكتابة كان ذلك من حصتهم جميعا قل المؤدى أو كثر ولو جعلها المؤدى من حصته أو حصة صاحبه أو أحدهما يجوز ذلك لانهم كشخص واحد في حكم هذه المكاتب اذ لو لم يجعلهم كذلك لم يصح فان الكفالة من المكاتب والكفالة بدل الكتابة لا تكون صحيحة والمكاتب الواحد لو أراد أن يجعل المؤدى عن بعض نفسه دون بعض لم يكن ذاك شيئا فهذا مثله بخلاف ما سبق فهناك كل واحد منهم أصل في بعض المال كفيل في البعض لان ذلك في ثمن المبيع صحيح من الاحرار * توضيح الفرق ان في جعل المؤدى من نصيب المؤدى خاصة في باب الكتابة ابطال شرط المولى لانه شرط أن لا يعق واحد منهم حتى يصل اليه جميع المال فاذا أدى أحدهم الثلث وجعلنا ذلك من نصيبه خاصة عتق هو لانه برئ مما عليه . من بدل الكتابة وبراءة المكاتب على أى وجه كان توجب العتق وفي هذا ابطال شرط المولى فلماذا كان المؤدى عنهم جميعاً وذلك لا يوجد في ثمن المبيع لانا وان جعلنا المؤدى هناك من نصيب المؤدى خاصة يبقى البائع في حبس المبيع الى أن يصل اليه الثمن فجعلنا ذلك من حصته ما لم يزد المؤدى على الثلث ولو كان لرجل دين مائة درهم وله عنده وديعة مائة درهم فدفع اليه مائة درهم فقال الطالب هي وديعتي وقال المطلب هلكت الوديعة وهي من الدين الذي كان لك فالقول قول الدافع مع يمينه لان الاختلاف بينهما في الملك المدفوع وقد كان ذلك في يد الدافع فيكون القول قوله في أنه ما يكى ولانه أمين في الوديعة مسلط على ما يخبر به من هلاكها فيثبت القول بهلاك الوديعة ويبقى الدين وقد دفع الى الطالب مثل الدين على جهة قضاء الدين فبرأ ذمته من ذلك بعد أن يحلف على ما يدعى من

هلاك الوديعة والكفالة بالمال في المرض بمنزلة الوصية حتى يبطل لمكان الدين المحيط بالتركة ويبطل اذا وقعت لوارث أو عن وارث ويبطل فيما زاد على الثلث اذا كان لاجنبي لانه التزم المال على وجه التبرع فيكون بمنزلة تملك المال في مرضه على وجه التبرع الا أن يبرأ من مرضه فحينئذ يكون صحيحا على كل حال لان المرض يتعقبه برؤه بمنزلة حال الصحة فان مرض الموت ما يتصل به الموت وما لا يكون مرض الموت لا يكون مغيرا للحكم فانما لا تصح الكفالة من المريض للوارث وعن الوارث لان فيه منفعة للوارث وهو محجور عن القول الذي فيه منفعة لوارثه فيما يرجع الى المال ولو كفّل المريض عن رجل بألف درهم وأقر بدين محيط بماله فلا شيء للمكفول له لان الكفالة تبرع واصطناع معروف كالهبّة والدين مقدم على الهبة في المرض سواء كان بالاقرار أو بالينة ولو كان له ثلاثة آلاف درهم فكفّل بألف درهم ثم مات جاز ذلك وأخذ من ماله ألف لخروج المكفول به من ثلث ماله ثم يرجع ورثته على المطلوب اذا كان كفيلا بأمره كما لو أدى بنفسه في حياته واذا كانت الكفالة منه في الصحة بألف درهم فمات الكفيل وعليه دين فضرب المكفول له بدينه مع غرمائه فأصابه خمسمائة ثم مات المكفول عنه وعليه دين ضرب المكفول له في ماله بالخمسمائة التي بقيت له لبقاء ذلك القدر له في ذمة الاصيل بعدما استوفى الخمسمائة من تركّة الكفيل وضرب وارث الكفيل بالخمسمائة دراهم التي أدى لانه كان أدى بحكم الكفالة عنه بأمره فكان ذلك ديناً عليه فما أصاب وارث الكفيل فانه يقسم بين غرماء الكفيل بالخصص ويضرب المكفول له بما بقي له أيضا (وهذه) هي المسئلة التي بينا فيما سبق أن في هذا جذر الاصم وأنه لا وجه لتخريجها الا بطريق التقريب فان ما يستوفى المكفول له ثانيا مما في يد الوارث للكفيل يرجع به وارث الكفيل في تركّة المكفول عنه أيضا فتنتقض القسمة الاولى ولا يزال يدور هكذا الى أن ينتهي الى ما لا يمكن ضبطه ولو أن متفاوضين عليهما ألف درهم مائتا جميعا وتركّا أهما وعلى كل واحد منهما ألف درهم مهر امرأته قسم المال بينهما نصفين ولم يضرب الطالب في مال أيهما شاء بألف درهم لان كل واحد منهما مطلوب بجميع الالف بعضها بمجة الاصلّة وبعضها بمجة الكفالة فيضرب بجميع الالف في تركّة أيهما شاء وتضرب امرأته بمهرها أيضا ثم يضرب مع امرأة الآخر بما بقي وتضرب هي بألف درهم هكذا ذكره شيخ الاسلام جواهر زاده وتضرب هي بالذي بقي لها من مهرها ولا ترجع الورثة بالذي أخذ منه أول مرة في مال الثاني بشيء الا أن يكون الطالب أصاب

من ماله أكثر من النصف لانه في مقدار النصف هو أصيل فان كان المقبوض النصف أو مادونه لا ترجع ورثته في تركه الآخر بشئ من ذلك وان كان أكثر من النصف فينشد يضربون بالفضل لانهم أدوا ذلك بجهة كفالة صاحبهم عن شريكه بأمره فاذا قبضوا شيئا من ذلك كان المقبوض لامراته وللطالب ان بقي له شئ بالحصص ثم عند ذلك يعود الجذر الاصل وما لا طريق الى معرفته الا من الوجه الذي قدرنا ان كل ما يستوفيه الطالب يثبت لهم حق الرجوع به في تركه الشركة فننتقض به القسمة الاولى والله سبحانه وتعالى أعلم

باب ادعاء الكفيل أن المال من ثمن خمر أو ربا

(قل رحمه الله) واذا كفّل رجل عن رجل بألف درهم بأمره ثم غاب الاصيل فادعى الكفيل أن الألف من ثمن خمر فانه ليس بخمير في ذلك لانه التزم المطالبة بكفالة صحيحة والمال يجب على الكفيل بالتزامه بالكفالة وان لم يكن واجبا على الاصيل (ألا ترى) انه لو قال لفلان على ألف درهم وأما بها كفيل بأمره وجحد الاصيل ذلك فان المال يجب على الكفيل وان لم يكن على الاصيل شيء فهذا تين أنه ليس في ادعائه أن المال من ثمن خمر أو ما يسقط المال عنه فلا يكون خصما في ذلك وهو مع هذا مناقض في دعواه لان التزامه بالكفالة اقرار منه أن الاصيل مطالب بهذا المال والمسلم لا يكون مطالبا بثن خمر فيكون مناقضا في قوله ان المال من ثمن خمر والدعوى مع التناقض لا تصح حتى انه لو جاء بالبينّة على اقرار الطالب بذلك لم يقبل بعد أن يكون الطالب يحدد ذلك ولو أراد استحلاف الطالب لم يكن عليه يمين لان توجه اليمين وقبول البينة تنبني على دعوى صحيحة الا أن يقر الطالب بذلك فينشد هو مناقض ولو صدقه خصمه في ذلك والتصديق من الخصم صحيح مع كونه مناقضا في دعواه ثم ان أصل سبب التزام المال جرى بين المطلوب والطالب والكفيل ليس بخصم في ذلك العقد ويدعى معنى كان في ذلك العقد حتى اذا ثبت ذلك ترتب عليه خروجه من أن يكون مطالبا بالمال ولا يمكن اثبات ذلك بالبينة لانها بينة تقوم للغائب والبيئة للغائب وعلى الغائب لا تقبل اذا لم يكن عنه خصم حاضر وهو بمنزلة المشتري للجارية اذا ادعى انها زوجة لفلان الغائب وأراد اقامة البينة على ذلك ليردها باليب لا يكون خصما في ذلك فهذا مثله (والحوالة) في هذا كالكفالة وكذلك ان كان كل واحد منهما ضامنا عن صاحبه لان أصل المال على غير

هذا الكفيل فهو لا يكون خصما فيما على غيره فهذا تنصيص على ما أثرنا اليه في أن الطريق
الاصح في الكفالة أن الكفيل يلتزم المطالبة بما على الاصيل ولا يلتزم أصل المال في ذمته
ولو أدى الكفيل المال إلى الطالب وغاب الطالب وحضر المكفول عنه فقال المال من ثمن
خمر وجاء بالبينة لم يكن بينه وبين الكفيل خصومة في ذلك ويدفع المال إلى الكفيل لانه
التزم المال بأمره وأدى فيرجع عليه كيف كان ذلك المال ويقال للمكفول عنه اطلب صاحبك
نخاصمه وهذا لما بينا انه يدعي سببا في تصرف جرى بينه وبين الغائب وهذا الحاضر ليس
بمخصم عن الغائب أو لانه مناقض فانه أمره أن يلتزم المطالبة التي هي متوجهة عليه بحجة الكفالة
ولو أقر الطالب عند القاضي أن ماله عنده من ثمن خمر فذا مثلا وهو اقرار براءة الاصيل وهو
بمنزلة ما لو قال لم يكن لي على الاصيل شيء وذلك يوجب براءة الكفيل والاصيل (الآثرى)
انه لو أبرأ الاصيل برئ الكفيل فاذا بقي أصل المال من الاصيل باقراره أولى أن يبرأ الكفيل
فان أقر الطالب بذلك وأبرأ القاضي الكفيل ثم حضر المكفول عنه فاقر ان المال الذي عليه
قرض لزمه المال ان صدقه الطالب بذلك لتصادقهما على أن وجوب المال له عليه بسبب صحيح
ولا يصدقان على الكفيل لان قولهما ليس بحجة على الكفيل وقد استفاد الكفيل البراءة بما
سبق من اقرار الطالب ويحمل هذا من المطلوب بمنزلة اقراره للطالب ابتداء بدين آخر سوى
الدين كان كفيل به الكفيل ولو أن مسلما باع مسلما خمرًا بألف درهم ثم أحال مسلما عليه بها
بطلت الحوالة ولو أحاله بألف درهم فجعلها له بذلك ثم غاب المحيل وقال المحتال عليه المال
الذي على من ثمن خمر وأقام البينة فلا خصومة بينه وبين الطالب في ذلك لانه التزم المال بالحوالة
فعلية أداء ما التزم وهو انما يدعي سببا مبطالا بعقد جرى بينه وبين الغائب وهذا الحاضر ليس
بمخصم عنه في ذلك فاذا دفع المال ثم حضر المحيل خاصما ان أقام عليه بينة بذلك رجع عليه
بالمال لانه قبل الحوالة بأمره وأدى واستوجب الرجوع عليه فكان تقع المقاصة بما للمحيل
عليه فاذا تبين أنه لم يكن للمحيل عليه شيء كان له أن يرجع عليه بالمال وان لم يؤد المال
حتى يحضر المحيل نخاصمه وجاء بالبينة أهما من ثمن خمر أبعدها القاضي عن المحتال عليه لانه
قبل الحوالة مقيدة بالمال الذي للمحيل عليه وقد تبين انه لم يكن للمحيل عليه شيء فكانت
الحوالة باطلة وان كان أحاله عليه حوالة مقاصة بألف درهم لم يبرأ منها ولكنه يؤدها ويرجع
بها لان الحوالة المطلقة لا تستدعي مالا للمحيل على المحتال عليه ولا في يده الا أنه اذا كان

للمحيل على المحتال عليه لم يرجع به عليه واذا كانت مطلقة يؤدي المال ثم يرجع بمثلها عليه
 واذا باع الرجل رجلا عبدا بألف درهم ثم أحال البائع غريمه على المشتري بالمال الذي باعه
 به العبد ثم استحق العبد أو وجد حرا فان القاضي يبطل الكفالة والحوالة لانه ظهر انه أحال
 عليه بمال ولا مال ولو رد بعيب بقضاء القاضي أو بغير قضاء القاضي لم تبطل الحوالة والكفالة
 وكذلك لو مات العبد قبل القبض وهذا عندنا وقال زفر رحمه الله تبطل الحوالة اذا كانت
 مقيدة بوجه قوله ان الثمن الذي تقيدت به الحوالة بطل من الاصل لانفساخ العقد من
 الاصيل ولو ظهر بطلانه تبطل الحوالة فكذلك اذا بطل من الاصيل الا أننا نقول ان الحوالة
 لما صحت مقيدة بمال واجب عنده ولم يتبين أنه لم يكن واجبا أو بطل انما يبطل ببطلانه ان لو
 كان له تعلق بالدين بها أما من حيث الوجوب فلا يشكل لان تعلق الدين بالذمة لا بالدين
 ولا تعلق به استيفاء لان تعلقه به استيفاء انما يستقيم اذا كان قابلا للاستيفاء والدين لا يقبل
 استيفاء دين آخر منه الا بعد خروجه فقبل خروجه منه لم يكن لدين الحوالة تعلق به بوجه
 من الوجوه فصار كالحوالة المطلقة في حالة البقاء فلا تبطل ببطلانه ولا يلزم اذا أحال على مودعه
 ليستوفي دينه من النوديعة ثم هلك النوديعة حيث تبطل الحوالة لان ثمة للدين تعلق به
 استيفاء لكونه قابلا للاستيفاء منه فجاز أن يبطل ببطلانه واذا أحال رجل رجلا على رجل
 بألف درهم كانت للمحتال على المحيل وكان مثلها للمحيل على المحتال عليه ثم مات المحيل وعليه
 دين كان مائه الذي على المحتال عليه بين غرمائه وبين المحتال له بالخصص ولا يختص المحتال له بذلك
 عندنا وعند زفر رحمه الله يختص به لانه اختص به في حال حياته حتى كان أحق به من المحيل
 حتى لو حجر المحيل عن استيفائه فيختص به بعد موته بمنزلة المرتهن في حق الراهن ولكننا نقول
 ان ما في ذمة المحتال عليه مال للمحيل لانه بعقد الحوالة لا يصير له محتال له لان الدين لا يقبل التملك
 من غير من عليه الدين ومتى كان باقيا على ملكه كان بين غرمائه بالخصص لما مر انه لا تعلق
 لحقه بالدين قبل الخروج فصار هو وسائر غرمائه سواء وانما منع المحيل من التصرف فيه
 باعتبار عريضة الخروج لانه لو خرج يكون المحتال له أحق بها ولهذا كان التوي على المحيل
 لان الحوالة كانت مقيدة به وقد استحققت فصار بمنزلة الاستحقاق من الاصيل فيعود
 الدين على المحيل والله أعلم

باب الحبس في الدين

(قال رحمه الله) ويحبس الرجل في كل دين ما خلا دين الولد على الأبوين أو على بعض الأجداد فانهم لا يحبسون في دينه أما في دين غيرهم فيحبس لانه بالمطل صار ظلما والظالم يحبس وانه عقوبة مشروعة ولهذا كان حدا في الزنا في ابتداء الاسلام قال الله تعالى في حق قطاع الطريق أو ينفوا من الأرض والمراد به الحبس وكذلك حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالهمة وكذلك على كرم الله وجهه اتخذ سجينين سمي أحدهما نافعا والآخر محبسا وكذلك شريح رحمه الله كان يحبس الناس وحبس ابنه بسبب الكفالة عن رجل ولا يحبسه في أول ما يتقدم الى القاضي ولكنه يقول له قم فأرضه لان الظلم لا يتحقق من أول وهلة فان عاد اليه مرة أو مرتين يحبسه والقياس في دين الولد على والديه هكذا الا أنا استحسننا في دين الوالدين ومن كان في معناتهم أنه لا يعاقب الوالد بسبب الجناية على ولده قال صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد اولده ولا يعاقب بسبب الجناية على ماله لان له ضرب تأويل في ماله وذ كر حديث على كرم الله وجهه انه اتخذ سجينين وقال فيه

ألا تراني كيسا مكيسا يثبت بفسد نافع محبسا

وعن الشعبي رحمه الله أن رجلا أتى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقل يا أمير المؤمنين اجزني فقال مم قال من دين قال عمر رضى الله عنه السجن ثم قل عمر رضى الله عنه كأنك بالطابة حلوت ذكر هذا لبيان ان الحبس مشروع قال أبو حنيفة رحمه الله لا يباع مال المديون المستجوز في دين عليه الا أن يكون عليه دنانير أو يأتون عليه درهم ناضطرها بدراهم وعند أبي يوسف ومحمد رحمه الله يباع ماله وهي مسائل الجبر ثم ذكر عن عمر رضى الله عنه أنه خطب الناس ثم قل في اسفع جهنمة رضى من دينه وأما من ادعى الخاف فادان معرضا حتى دين به فمن كان له عليه شيء فليغد علينا فاما بائع ماله قاسم منه بين الفرء وأياك والدين وإن أوله هم وأخيره حرب ونعم ما قل فان الدين سبب العداوة خصوصا في زماننا فيؤدى الى اهلاك النفوس ويكون سببا لهلاك المال خصوصا مداينة المغاليس والحرب هو الهلاك ثم اذا حبس المديون ولم يدع الاعسار فظاهر أنه لا يخلى عنه أما اذا ادعى الاعسار فان كان ذلك في ديون وجبت بسبب المبايعات فينبغي ان لا يصدق لان الظاهر يكذبه لانه يكون واحدا باعتبار بدله وان كان باسباب مشروعة سوى المبايعات كالمهر وبدل الخلع والكفالة وبدل الصلح

اختلاف مشايخنا رحمهم الله فقال بعضهم يصدق ولا يحبس لانه متمسك بالاصل وهو العدم
فالتقول قوله وقال بعضهم لا يصدق لان التزامه المال اختيارا دليل قدرته ولو كان دينا وجب
حكما باستهلاك مال ونحوه يذني ان يصدق ثم قال أبو حنيفة رحمه الله اذا حبس الرجل
شهرين يسأل عنه وان شاء سأل عنه في أول ما يحبسه والرأى فيه الى القاضي ان أخبر بعد
أوثقات انه معسر خلى سبيله وان قالوا واجد أمر بحبسه حتى يذوق وبال أمره لانه من
الجائز انه أخفى ماله فيشهد الناس على ظاهر حاله فتبطل حقوق الناس واذا أخبروه أنه معسر
أخرجه ولم يحل بين الطالب وبين لزومه عندنا وقال زفر رحمه الله يمنعه من ملازمته لانه منظر
بانظار الله تعالى ولو كان منظرًا بانظاره لا يكون له حق الملازمة هكذا كنا نقول بانه منظر
الى زمان الوجود ووجود ما يقدره على اداء الدين موهوم في كل ساعة فيلازمه اذا وجد
مالا أو اكتسب شيئا فوق حاجته الدراة يؤخذ منه والكفيل بالمال والذي عليه الاصل سواء
لان خطاب الاداء متوجه على الكفيل كما هو متوجه على الاصيل وذكر عن الكلابي ومحمد
ابن اسحاق أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس بنى قريظة حتى نزلوا في حكم سعد رضي
الله عنه في دار بنت الحارث حتى ضرب رقابهم فاذا تبين ان الحبس مشروع واذا حبس الكفيل
بالدين فلا كفيل ان يحبس المكفول عنه حتى يخلصه اذا كان بأمره وكذلك لولا زمة الطالب
كان له ان يلزم الذي عليه الاصل لانه ان لم يلزم الاداء من مال المطلوب بأمره فكان الاصيل
يلتزم ما تخلصه فله ان يلازمه وليس للكفيل ان يأخذ المال حتى يؤديه لانه انما يرجع عليه بحكم
الاقراض واما يتحقق هذا المعنى عند الاداء واذا حبس رجل بدين فجاء غريم له آخر يطالبه
فان القاضي يخرج من السجن ويجمع بينه وبين هذا المدعى فان أقر له بالدين أو قامت له عليه
بينه كسب اسمه فيمن حبس له مع الاول لانه لو لم يكتب ربما يشتبه على القاضي انه محبوس
بدين واحد فيخل سبيله فيكتبه حتى لا يخل سبيله الا بقضاءهما وان كان القاضي قد فلس
المحبوس جاز اقراره لاشخاص في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ثم رجع أبو يوسف
رحمه الله وهل تفليس القاضي اياه جائز ولا يجوز اقراره بعد ذلك ولا يبيعه ولا شراؤه ولا بشيء
يضيفه في ماله ما خلا العتق والطلاق والنكاح والاقرار بالسبب فاننا ندع القياس فيه ونجوزه
وهو قول محمد رحمه الله وقول شريح وابراهيم وابن أبي ليلى رحمهما الله ويعني بالتفليس ان
يحكم بهجزه عن الكسب فيجعله كالمرضى مرض الموت فيحكم بتعلق حق غرمائه في مال هذا

وهذا نوع حبر وان كان أبو حنيفة رحمه الله لا يرى ذلك وهما يجوزان ذلك وليس الحبس بتفليس لانه دلالة القدرة على أداء الدين لادلالة المعجز ولا يضرب المحبوس في الدين ولا يقيد ولا يقام ولا يؤاجر لان هذه عقوبات زائدة ماورد الشرع بها وانما قلنا بالحبس ليكون حاملا له على قضاء الدين وان كان فيه ضرب عقوبة بالنصوص ولا نص في الزيادة عليه فانه روى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أنه قال ليس في هذه الامة صنف ولا قيد ولا غل ولا تجريد والصنف ما تقيد به الايدي أراد بقوله لا يقام يعني لا يؤمر بالقيام بين يدي صاحب المال اهانة له فان ذلك مع عقوبة ولا يؤاجر من غير اختياره لان ذلك نوع حبر عليه ولا يجوز ذلك في ماله فلان لا يجوز في نفسه بطريق الاولى ويحبس الاوان في نفقة الولد ولا تشبه النفقة بالدين لان الانفاق على الولد انما شرع صيانة للولد عن الهلاك والمتنع كالفصد الهلاك ومن قصد اهلاك ولده يحبس بخلاف الدين فانه ليس فيه قصد اهلاك نفسه ولا يخرج المحبوس في الدين بجمعة ولا عيد ولا حج ولا جنازة قريب أو بعيد لان الواجب أن يحبس على وجه لا يخلص بعد زمان حتى يضجر قلبه عند ذلك فيسارع في قضاء الدين فلو خرج احيانا لا يضيق قلبه حينئذ ولهذا قالوا ينبغي أن يحبس في موضع خشن لا يتيسر له في فراش ولا وطاء ولا أحد يدخل عليه ليستأنس ليضجر قلبه بذلك واذا سأل القاضي عن المحبوس بعد شهرين أو أكثر في السر فأخبره ثقة بعدمه خلى سبيله ولم يخل بين غريمه وبين لزومه وان شهد عليه شهودانه وسر أو ان له ما لا أجزت شهادتهم ويترك المسئلة في السر لان السؤال للاختبار ومتى ظهرت حاله بالشهادة لا تقع الحاجة الى الاختبار وان أدى دين أحد الغريمين لم يخرج من السجن حتى يؤدي دين الآخر لان الظالم قائم وبحبس الرجل في الدرهم وفي أقل منه لان نزع الدرهم وما دونه ظالم وينبغي أن يكون محبس النساء في الدين على حدة ولا يكون معهن رجل حتى لا يؤدي الى فتنه ولا يمنع المحبوس من دخول اخوانه وأهله عليه لانه يحتاج الى ذلك حتى يشاورهم في توجيه ديونه ولكن لا يمكنون من المسك عنده حتى يستأنس بهم ولا يحبس المكاتب لمولاه بالمكاتب لانه عبد ولا يليق به الحبس (ألا ترى) أنه لو عجز نفسه عن ذلك يسقط ويحبس بدين غير الكتابة قالوا أراد به في حق غير المولى وقال بعضهم يحبس بدين المولى وهو ملحق بالاجانب في المعاملات مع مولاه والاول أصح وان كان للمكاتب علي مولاه طعام ومكاتبته دراهم فان المولى يحبس في دين

المكاتب لان مطالبته متوجهة على مولاه وهو ملحق بالاجانب في حق اكسابه وكذلك العبد التاجر الذي عليه الدين يكون له على مولاه دين ولا يحبس لحقه ولكن لحق الفرما والصبي التاجر في السجن مثل الرجل يعني يحبس لانه يؤخذ بحقوق العباد فيحقق ظلمه والغلام الذي يستهلك المتاع فيضمن قيمته وله أب أو وصي وليس بتاجر مثل ذلك يريد به في حق الحبس ولم يذكر انه يحبس الصبي أو أبوه أو وصيه والصحيح انه يحبس وليه وفي الكتاب ما يدل عليه حيث قيده بهذا اللفظ وهذا لان الظلم انما يتحقق ممن يخاطب بأداء المال ووليّه هو الذي يخاطب بذلك لا هو وبعضهم قال الحبس للصبي بطريق التأديب حتى لا يتجاسر على مثله ولكن هذا انما يكون فيما يباثر من أسباب التعدي قصدا أما ما وقع خطأ منه فلا ولا يحبس العاقلة في الدية ولا في شيء منها من الارش بقضائه عليهم ولكنه يؤخذ من الاعطية وان كرموا ذلك لان الدية انما تعطى من عطائهم لا مما في أيديهم من الاموال حتى يتحقق المنع من قبلهم حتى لو كانوا من أهل التأديب وليس لهم عطاء يفرض ذلك عليهم في أموالهم فاذا امتنعوا من أدائه حبسوا وكذلك الذعار يحبسون أبدا حتى يتوبوا والذاعر الذي يخوف الناس ويقصد أخذ أموالهم فكان في معنى قطاع الطريق قال الله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية ولو أن غلاما استهلك لرجل مالا وله دار ورفيق وعروض وليس له أب ولا وصي لم يحبس ولكن القاضي يرى رأيه فيه ان شاء جمل وكلا بيع بعض ماله فبوفى الطالب حقه وان كان له أب أو وصي يجوز بيعه فانه لا يحبس والصحيح انه يحبس من يخاطب بقضاء دينه لما مر ولا يحبس الصبي الا بطريق التأديب ويحبس المسلم للذمي بدينه والذمي للمسلم ويحبس الحربى المستأمن ويحبس له لان معنى الظلم بتحقيق في حق الكل والله أعلم بالصواب

باب الإبراء والهبّة للكفيل

(قال رحمه الله) واذا قال الطالب للكفيل قد برئت الى من المال الذي كفلت به من فلان فهذا اقرار بالقبض والكفيل ان يرجع به على المكفول عنه لانه اخبر عن البراءة بفعل متعمد من المطلوب والكفيل الى الطالب وذلك بفعل الاداء لان الإبراء متعمد من المطلوب الى الطالب وكذلك قوله قد دفعت الى المال أو بقدتني أو قبضته منك وكذلك الحوالة واذا

قال أبرأئك لم يكن هذا اقرارا بالقبض والطالب ان يأخذ الذي عليه الاصل لانه أضاف
 الفعل الى نفسه متمديا الى المطلوب وذلك انما يكون باسقاط الدين عنه . ولو قال برئت من
 المال ولم يقل الى فهذا اقرار بالقبض في قول أبي يوسف رحمه الله لانه وصفه بالبراءة فينصرف
 الى ذلك السبب الممهور والسبب الممهور الاثاء وعند محمد رحمه الله هو بمنزلة قوله أبرأئك
 لانه يحتمل الوجهين فكان الحل على الأدنى أولى (ألا ترى) ان الحاجة الى الرجوع على
 الاصيل لا تثبت بالشك وقد مر هذا في الجامع والتحليل بمنزلة الابراء لان الدين لا يوصف
 بالتحليل أما المال الذي يراد به الدين فيوصف بهذا وذلك بمنزلة الموضوع الديون فتى حله
 أسقط . فقه عن ذلك أصلا فكأنه قال لاحق لي في مالك ولو قال له هكذا كان ابراء مطلقا
 فهذا كذلك . واحتال عليه في جميع هذا بمنزلة الكفيل ولو وكل الطالب وكيلًا يقبض ماله فقال
 الوكيل للكفيل برئت الى كنان هذا اقرارا بالقبض فيصح ولو ذل الوصى للكفيل قد أبرأئك
 أو انت في حل منه لم يجز لان ذلك معروف منه وليس له ذلك وكذلك الصبي التاجر والعبد
 التاجر والمكاتب اذا قلوا ذلك للكفيل لا يصح لما مر واذا أبرأ الطالب الكفيل من المال فأي
 أن يقبل ذلك فهو برئ ولا يشبه هذا الهبة لان الابراء اسقاط محض في حقه لانه ليس في
 حقه إلا مجرد المطالبة فصار كسائر الاسقاطات فلا يرتد بالرد بخلاف الذي عليه الاصل لان
 أصل الدين عليه فيكون ذلك تمليكا منه لان الحق الذي هو واجب له في ماله غير عين
 فصار هذا تصرفا باسقاط الفعل عنه ويجعل الواجب له اسقاطا من وجه وتمليكا من وجه
 فوفرنا على السهمين حظهما فعلى هذا يصح من غير قبول لشبهه بالاسقاط ويرتد بالرد لشبهه
 بالتمليكات ومثله لو وهب من الكفيل فانه يرتد بالرد كما لو وهب من الاصيل لان الهبة لفظ
 وضع للتمليك ويمكن تحقيق الهبة في حق الكفيل كما في حق الاصيل لان هبة الدين من
 غير من عليه الدين جائزة فذا سلطه عليه فهو مسلط عليه في الجارة أريجمل ذلك نقلا للدين منه
 بمقتضى الهبة منه فيصير هبة الدين ممن عليه الدين لو أمكن ذلك لان له ولاية نقل الدين اليه
 قصدا بإحالة الدين عليه فثبت ذلك بمقتضى تصرفهما تصحيحا له واذا استقام تحقيق الهبة كما
 في حقه وجب الجري على مقتضى الهبة كما في حق الاصيل وقوله مرأته لو أبرأ الذي عليه الاصل
 من الدين يصح من غير قبول ولكنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك فكذلك لو وهب
 منه فلو مات قبل ان يعلم فهو برئ منه في الهبة والابراء جميعا لانه تام في نفسه ولكنه يرتد بالرد

فتى مات وقع اليأس عن الرد فانبرم بمنزلة لو تصرف له فيه جاز وكذلك لو كان ميتا فابراه منه وجعله في حل منه فهو جائز لان الدين قائم عليه حكما فاحتمل الاسقاط فان قات الورثة لا تقبل منهم ذلك وبقضون المال والكفيل منه برى في قول أئى حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله ليس للورثة في ذلك قول فمحمد رحمه الله يقول بان هذا في حق الورثة استناط محض لانه لا دين عليهم حقيقة انما عليهم مجرد المطالبة فاشبه الكفيل ثم في حق الكفيل لا يرتد بالرد فكذا في حقهم وأبو يوسف رحمه الله يقول ان الدين قائم وقد أخذ شيها بالاعيان بعد الموت لتمامه بالتركة فكان أقبل للتتمليك في هذه الحال والملك بهذا التتمليك واقع لهم فيرتد بردهم كما لو أضاف الإبراء اليهم تنصيصا واذا وهب الطالب المال الذي عليه الاصيل فأبى أن يقبل كان المال عليه وعليه فعليه لان الهبة منه كالهبة من كفله ولو وهبه من كفله فأبى أن يقبل كان المار عليه بخلاف ما اذا أبرأه فأبى أن يقبل لانه لا يعود الدين على الكفيل لاما نجعل إبراءه كإبراء الكفيل لا يرتد بالرد فكذلك هنا واذا وهب للكفيل وقبله رجع به على الذي عليه الاصل لانه ملكه بالهبة فصار كما لو ملكه بالاداء والتتمليك منه صحيح لانه قابل للملك في حق ما في ذمة الاصل وهذا يملكه بالاداء واذا ملكه رجع عليه وكذلك الحال عليه واذا كانت الكفالة على ان المكفول عنه برى أو كانت حوالة فوهب الطالب الذي كان عليه الاصل فالهبة باطلة لانه ليس في ذمته شيء لا انتقال الدين الى ذمة غيره وعلى رواية الجامع يأنى أن يصلح ولو وهب الكفيل الذي عليه الاصيل فهو جائز لا نعتاد سبب وجوب الدين له في الحال فان أدى الكفيل لم يرجع به عليه لانه يقرر ملكه ما في ذمته فصحت الهبة فصار كما لو وهبه بعد الاداء فان أدى لذى عليه الاصل لم يرجع به على الكفيل لانه تبين أن هبته باطلة لانتهاض سبب وجوب الدين بينهما والله سبحانه وتعالى أعلم

باب اقرار أحد الكفيلين بأن المال عليه

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل علي رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بالمال فأقر أحد الكفيلين بأن المال كله عليه وأراه وأراد أن يرجع بنصفه على صاحبه وقال اعما عنيت باقرارى أنه على لاني كفلتك كل حصتك له أو يرجع عليه بنصفه لانه صادق في قوله انه كله عليه لكن بعضه بحكم الكفالة وبعضه بحكم الاصلالة ولو أقر ان

كله عليه وان صاحبه كفيل عنه بأمره لم يكن له أن يرجع على صاحبه بشيء لانه قد صرح انه أصيل في كاه وصاحبه كفيل عنه فيجري على قضية قوله ولو أن رجلين كان عليهما خمسون دينار الرجل قرضاً وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه ضامن له فأشهد أحدهما على صاحبه أني معك دخيل في هذا المال ولو أقر الآخر بذلك ثم ادعى أن المال كله على صاحبه فانه يرجع على صاحبه بنصفه لان قوله أنت دخيل معي ليس باقرار بشيء لم يكن عليه خاصة دون الآخر يريد به انه أخبر بكونهما دخيلين في هذا المال وهذا يقتضي أن يكونا أصليين في بعضه فمن ادعى أن كاه على صاحبه فقد باقض فيما أخبر فلا يلتفت الى ذلك وان أقر أحدهما أن هذا المال عليه خاصة دون الآخر ثم أدى المال لم يرجع على صاحبه بشيء لانه نص انه كفيل أصيل في الكل ولو أداه صاحبه كان له أن يرجع كله عليه ولو كان لرجل على ثلاثة نفر ألف درهم في صك باسمه وبهضهم كفلاء عن بعض ضامون للمال كله فأقر الطالب ان أصل المال على أحدهم وان الآخرين كفيلان عنه ولم يقر بهذه الكفالة التي نسبت اليه في الصك ثم أدى المال أحدهم فله أن يرجع على صاحبه بالثلثين لانه أقر على غيره فلم يعتبر ولو لم يقر الطالب بذلك ولكن أحد الكفلاء قال أصل المال على وصاحباي منه بريثان ثم أدى المال لم يرجع على صاحبيه بشيء لان زعمه معتبر في حقه وان أداه صاحباياه رجعا بالكل عليه لاقراره انه أصيل في جميع المال واقراره ملزم اياه ولو كان لرجل على رجل ألف درهم في صك باسمه وفلان بها كفيل فأقر الكفيل ان أصل المال عليه وان فلانا كفيل عنه وانه انما أقدمه في الصك لشيء خافه فأدى المقدم في الصك للمالك كله فله أن يرجع بذلك على الكفيل مؤاخذاً بما أقر به على نفسه ويجعل ذلك في حقه كالثابت بالبيعة ولو كان أصل المال قرضاً في الصك أو من ثمن بيع ونسبه الى الذي في صدر الصك ثم أمر الكفيل بهذه المقالة كان اقراره على نفسه أصدق مما في الصك لان اقراره على نفسه حجة ملزمة والصك ليس بحجة ملزمة ما لم يشهد الشهود بما فيه وشهادة الشهود بما فيه لا تكون مقبولة مع تكذيبه اياهم باقراره فلماذا كان المقبول ما أقر به على نفسه ولو لم يقر الكفيل بهذه المقالة ولكنه أقر انه هو القابض للمال من صاحب الصك أو انه قد اشترى البع من صاحب الصك وقبضه وقال الذي عليه الصك وهو الذي اسمه في أوله أجن أو صدق ثم ادعى المقر له المال فله أن يرجع على صاحبه المقر لان اقراره بمباشرة سبب التزام المال

يكون اقرارا منه بأنه أصيل في جميع المال وان صاحبه كفيل به واقاراره حجة عليه ولو لم
 يقر الكفيل بذلك ولكنه أقر أنه قبض المال من المكفول عنه فهو جائز لانه بالكفالة قد
 استوجب المال على المكفول عنه وان كان مؤجلا واقاراره بقبض الدين المؤجل صحيح فان
 أداه المكفول عنه الى الطالب رجع على الكفيل بسبب اقراره لان ثبوت قبضه منه باقراره
 كشوته بالبينة أو بالمعينة في حقه واذا كان لرجل على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما
 كفيل عن صاحبه بجميع المال فادعى كل واحد منهما على صاحبه انه كفيل عنه لم يصدق
 واحد منهما على ذلك الا بحجة لانه يدعي خلاف المعلوم بطريق الظاهر فعلى كل واحد منهما
 البينة على ما ادعى فان لم يكن له بينة يخاف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لانه يدعي
 على صاحبه ما لو أقر به لزمه وأههما نكل عن اليمين فنكوله بمنزلة اقراره فيثبت بنكوله ان
 أصل المال عليه وان حلفا جميعا ثم أدى أحدهما المال رجع على صاحبه بنصفه لان دعوى
 كل واحد منهما اتبى عن صاحبه نصيبه وقيل هذه الدعوى اذا كان أدى أحدهما المال رجع
 على صاحبه بالنصف لاستوائهما في الضمان ان قامت البينة من الاصيل أن المال على أحدهما
 والآخر كفيل ولم يمر فرا ذلك فهذا بمنزلة من لم تقم عليه بينة لان المشهود عليه بالاصالة منهما
 مجهول والشهادة على المجهول لا تكون مقبولة ولا تبطل هذه الشهادة حق الطالب ولا توهنه
 لانها لا تمس حقه وان أقر الطالب أن الاصل على أحدهما والآخر كفيل لم يصدق على ذلك
 لان اقراره ليس بحجة لانه على صاحبه وشهادته في ذلك لا تكون مقبولة لان المال
 فانما يشهد لنفسه على أحدهما بأن جميع المال عليه وكذلك لو كان للطالب ابنان فشهدا
 بذاتهما لا بهما يشهدان لا بهما وهذا اذا لم يكن على أصل المال بينة أنه عليهما وكل واحد
 منهما ضامن بان كان على أصل المال بينة بذلك فشهادة ابي الطالب جائزة لانهما لا يثبتان
 بشهادتهما حق أيهما وانما يشهدان لأحد الغريمين على الآخر انه هو الاصيل وان صاحبه
 كفيل فلا تتم كنه التهمة في هذه وكذلك ان كان الغريمان مقرين بالمال لان حق الطالب
 عليهما ثابت باقرارهما فشهادة ابي الطالب على هذا لا تكون لا بهما وانما تكون لاحدهما على
 الآخر ولو شهد ابنا أحدهما أن الاصل على أبيه والآخر كفيل عن أبيه جاز لا بهما يشهدان على
 أيهما ولو شهدا أن الاصل على الآخر وان أباهما كفيل به عنه لم تجز شهادتهما لانهما يدفعان
 بهذه الشهادة عن أيهما مغرما ويجران اليه المنفعة فكانا متهمين فيه والله تعالى أعلم بالصواب

باب بطلان المال عن الكفيل من غير أداء ولا ابراء

(قال رحمه الله) وإذا كفّل الرجل بمال عن رجل من ثمن بيع اشتراه فاستحق المبيع من يده برئ الكفيل من المال لأن باستحقاق المبيع انفسخ البيع وبرئ الاصيل من الثمن وبراءة الاصيل منه توجب براءة الكفيل لأن الكفيل يلتزم المطالبة التي هي على الاصيل ولا تبقى المطالبة على الاصيل بعد استحقاق المبيع فكذلك على الكفيل وكذلك لو رده بغير قضاء بغير قضاء وباقائه أو بخيار شرط أو رؤية أو بفساد المبيع لأن الاصيل يبرأ عن الثمن بهذه الأسباب كذلك انهر سلطان عن الزوج كانه بفرقة من جهتها قبل الدخول أو بذهبه باطلاق براءة الكفيل به مما بطل عن الزوج لبراءة الاصيل وكذلك الكفيل بطعام السلم إذا سأل الاصيل الطالب على رأس المال فهو برئ عما كفّل به لبراءة الاصيل وليس عليه شيء من رأس المال لأنه دين آخر سري ما كفّل به وهو ليس به مال عن الكفول به وكيف يكون بدله وجوب السلم فيه بعقد السلم ووجوب رأس المال بانفساخ عقد السلم والبدل ما يجب بالسبب الذي وجب الأصل فلو ضمن المشتري ثمن المشتري لغريم البائع يعني حال البائع غريمه على المشتري حوالة مقيدة بالثمن أو كفّل المشتري لغريم الكفالة البائع كماله مقيدة بالثمن ثم استحق العبد بطلت الحوالة والكفالة لأن بانفساخ العقد من الأصل ينتفي الثمن عن المشتري من الأصل وقد كان التزاما مقيدا به وكذلك لو وجد العبد حرا أو رده المشتري بغير قضاء أو بغير قضاء أو بخيار رؤية أو هلك العبد قبل القبض لم تبطل الحوالة عندنا ولا بكفالة لأن بما اعترض من الأسباب لا يتبين أن الثمن لم يكن واجبا على الاصيل وعلى قر زفر رحمه الله بطلت الكفالة والحوالة لأن البيع ينفخ عن الاصيل بهذه الأسباب وبقطع الثمن عن المشتري وفقد عن التزامه مقيدا به واستشهد في الكتاب بالصرف (قال لو اعه بالدراهم مائة دينار فبضها ثم انفسخ لبيع منه الأسباب رجع على البائع بالمال لهم لأن صرفها وصلها صحيح بخلاف ما إذا استحق العبد أو وجد حرا فإنه يرجع للمدعي لأنه تبين أن الدراهم لم تكن واجبة من الاصيل وعن هذا لو ضمن الزوج مهر المرأة فريها ثم وقعت الفرقة بينهما قبل الدخول من قبلها لم يبرأ الزوج عن الكفالة إلا على قول زفر رحمه الله ثم إذا أداها رجع لها على المرأة لأنه كفّل عنها فأستوجب الرجوع عنها عند الأداء إلا أنه كانت تقع المقاصة قبل الفرقة بمهرها وقد انعم ذلك بسقوط

المهر عنه فيرجع عليها بالموأدى وكذلك لو طلقها قبل أن يدخل بها غير أنه يرجع عليها بنصف المؤدى لأن المقاصة وقعت بالنصف الثاني من مهرها ولو كاتب رجل عبده على ألف درهم ثم أمره فضمنها لغريم له على المولى ألف درهم وقبل الحوالة بها فذلك صحيح لأن هذا ليس بكفالة ولا حوالة في الحقيقة ولكنه بمنزلة توكيل المولى غريمه باستيفاء بدل الكتابة من المكاتب ولا فرق في حق المكاتب بين أن يكون يطالبه المولى بالبدل وبين أن يطالبه غريم المولى فإن أعتق المولى المكاتب عتق ولم يبرأ من الضمان وفي بعض نسخ الأصل قال وبرئ من الكفالة لأنه كان بمنزلة التوكيل وباعتناق المكاتب يسقط عنه بدل الكتابة حتى لا يطالبه المولى بشيء منه فكذلك وكيله * ووجه الرواية الأخرى أن الغريم كان يطالبه بدينه قبل العتق ولم يتغير حكم دينه باعناق المكاتب وإنما كان هذا بمنزلة التوكيل وحكم توجه المطالبة للغريم على المكاتب بالتزامه فأما المطلوب في حق الغريم دينه وما اعترض من العتق لا يبق التزام المطالبة ابتداء فلأن لا ينفي بقاءه بطريق الأولى ثم إذا أدى رجوع على المولى لأنه قبل العتق كانت تقع المقاصة بدين الكتابة وقد انعدم ذلك حين سقط عنه دين الكتابة بالعتق وكذلك لو مات المولى والمكاتب مدبر يعتق وعتق من ثلثه أم ولد فعتقت لأن البراءة عن بدل الكتابة يحصل بهذا السبب كما يحصل باعناق المولى إياه ولو كفّل عبداً عن مولاه بألف درهم بأمره ثم أعتقه المولى فأداه لم يرجع على المولى فأما بعد العتق فإنه يطالبه بذلك المال لأنه كان مطالباً في حال رقه بالعتق وهو لا يزيد إلا وكادة ولأن المولى شغله به حين أمره بالكفالة عنه فهو بمنزلة مالو أقر بالدين عليه ثم أعتقه فلا يرجع العبد بها على المولى وإن أدى من كسب هو خالص حقه لأن الكفالة حين وقعت لم تكن موجهة لرجوع الكفيل على الأصل فلا يصير موجباً للرجوع بعد ذلك بخلاف المكاتب فإن هناك أصل التفتاة كانت موجهة لرجوع المكاتب على المولى عند الأداء لأن المكاتب يستوجب على مولاه ديناً إلا أنه كانت تقع المقاصة ببذل الكتابة وهنا أصل الكفالة لم يكن موجباً لرجوع العبد على المولى فإن العبد لا يستوجب على مولاه ديناً ولو أن رجلاً له على رجل ألف درهم فأمره أن يضمها للغريم له ثم أن الآخر وهبها للكفيل أو أبرأه منها لم يحز ذلك وكان للمكفول له أن يأخذه بالمال لأن الكفالة أو الحوالة المقيدة قد اشتهت بما لا أمر في ذمة الكفيل لحق الطالب وذلك يمنع الأمر من التصرف فيه بمنزلة الرهن إذا تصرف في المرهون بالهبة أو البيع من إنسان فإنه لا ينفذ لحق

المرتهن ولو مات الأمر وعليه دين ولم يقتض المكفول له الدراهم كانت الدراهم بين سائر
 غرماء الميت ولم يكن المكفول له أحق بها منهم استحسانا وكان ذلك القياس أن يكون
 للمكفول له خاصة وهو قول زفر رحمه الله لأنه صار كالمرهون به ولأن سائر الغرماء يثبت
 حقهم من جهة الأصل وقد كان مقدما على الأصل في هذا المال في حياته * ووجه الاستحسان
 أن المكفول له لم يصر أحق بغرم هذا المال حتى لو برئ مما في ذمة الكفيل لم يبطل حق
 المكفول له ولا يكون أحق بالنعم وبه فارق الرهن فقد صار المرتهن أحق بغرم الرهن هناك *
 يوضحه أن يد الاستيفاء ثبتت للمرتهن بقبض الرهن وعلى ذلك ينبغي اختصاصه به دون سائر
 الغرماء وهنا يد الاستيفاء لم تثبت للمكفول له فيما في ذمة الكفيل بل هو مال الاصيل فيقسم
 به بموته بين غرمائه بالخصص ولو كان المكفول عنه حيا فأقام رجل البيعة أن هذا المال له
 وأنه أمر فلانا ببيع المبيع الذي هذا المال ثمنه لم يكن له أن يبطل الكفالة في قول أبي حنيفة ومحمد
 رحمهما الله ولكنه يضمنه للبائع وفي قول أبي يوسف رحمه الله تبطل الكفالة وهو بناء على
 مسألة كتاب البيوع أن الوكيل بالبائع عندهما في نفوذ تصرفه في الثمن بمنزلة العاقد لنفسه
 ويضمن للموكل وعند أبي يوسف رحمه الله بمنزلة الثابت لا ينفذ من تصرفه إلا ما يرجع إلى
 القبض ولو كان المال إلى أجل وبه كفيل فإن مات الاصيل فقد حل المال عليه ولا يحل على
 الكفيل حتى يمضي الأجل لأن الاصيل استغنى بموته عن الأجل والكفيل محتاج إليه وحلوله
 على الاصيل لا يمنع كونه مؤجلا على الكفيل كما لو كفل الكفيل بمال هو حال على الاصيل
 مؤجلا إلى سنة ولو كان الميت هو الكفيل فقد حل المال عليه لوقوع الاستغناء عن الأجل
 ويؤخذ من تركته في الحال ثم لا يرجع ورثته على الاصيل قبل أن يحل الأجل عندنا وقال
 زفر رحمه الله يرجعون على الاصيل في الحال لأنهم أدوا ديننا عليه بعد توجه المطالبة فيه شرعا بحكم
 الكفالة عنه بأمره فيرجعون إليه وهذا لأن الكفيل يصير بمنزلة المقرض لما أدى عن الاصيل
 فيستوجب الرجوع به عليه في الحال إلا إذا قصد اثبات حق الرجوع لنفسه بتعجيله قبل حل
 الأجل ولم يوجد إذا كان سقوط الأجل حكما لموته ولكننا نقول بالكفالة كما وجب المال
 للطالب على الكفيل مؤجلا والاصيل باق مستفيع بالأجل فكما بقي المال مؤجلا في حق الطالب
 بعد موت الكفيل فكذلك في حق الكفيل للطالب قبل حل الأجل فإنه لا يرجع على الاصيل
 حتى يحل الأجل فهذا مثله ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فكفله بها عنه ثلاثة رهط

بعضهم كفلاء عن بعض المال وهو حال من ثمن مبيع فأخر الطالب أحد الكفلاء الى سنة فهو جائز وله أن يأخذ أيهم شاء سواء بجميع المال بمنزلة ما لو كان أحدهم كفيل به مؤجلا في الابتداء فان المال يكون حالا على الباقيين وهذا لان كل واحد منهم كفيل بجميع المال وبراء أحد الكفلاء لا يوجب البراءة للباقيين كما لا يوجب براءة الاصيل فكذلك التأخير عن أحد الكفلاء الى سنة فان أدى المال أحد الكفيلين الآخرين كان له أن يأخذ صاحبه بالنصف ليستوى به في غرم الكفالة كما هو مساو له في الالتزام بأصل الكفالة ولا يأخذ الذي أخره حتى يحل الاجل لان الاجل ثابت في حقه فكما لا توجه مطالبة الطالب عليه بشئ لمكان الاجل فكذلك مطالبة الكفيل الآخر فاذا حل الاجل وقد كان أخذ من صاحبه النصف يباع جميعا ذلك الكفيل بالثالث لانه كان مساويا لهما في الكفالة وقد كان المانع لهما من الرجوع عليه الاجل وقد انعدم فيرجعان عليه بقسطه وهو الثلث ليستويا في غرم الكفالة ثم يرجعون على الاصيل بجميع المال فلو كان الطالب أخر المال على الاصيل سنة كان ذلك تأخيرا عن جميع الكفلاء بمنزلة ما لو أبرأ الاصيل وكان ذلك موجبا براءة الكفيل اولو كان أخر كفيلاً منهم شهرا وآخر شهرين وآخر ثلاثة أشهر كان جائزا على ماسمى فان حل على صاحب الشهر أخذه من سهمه ولا يرجع هو على الآخرين لقيام المانع وهو الاجل وان أخر الذي عليه الاصل بعد هذا سنة كان المال عليهم الى سنة ودخلت الشهور تحت السنة لان التأجيل في حق الاصيل فهو في حق الكفيل ولو كان أخر الكفيل شهرا ثم أخره سنة دخل الشهر في السنة فهذا مثله وان كان المال من ثمن مبيع أو غصب وبه كفيل فأخر الطالب الاصيل الى سنة فأبى أن يقبل ذلك فالمال عليه وعلى الكفيل حال كما كان لان تأخير المطالبة بالتأجيل في حق الاصيل بمنزلة اسقاطه بالبراء وبراء الاصيل يرتد بالرد فكذلك التأخير عنه يرتد برده فيبقى المال عليه حالا وكذلك على الكفيل لان التأجيل في حق الاصيل يجعل في حق الكفيل بمنزلة ما لو أجل الكفيل ولو أجل الكفيل فأبى أن يقبل المال أن يثبت حالا فكذلك اذا أجل الاصيل وهذا لان التأجيل لا يوجب انفساخ الكفالة سواء أجل الكفيل أو الاصيل واذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها ثلاثة نفر وبعضهم كفلاء عن بعض ثم ان الطالب وهب المال لواحد منهم فأبى أن يقبل فالمال عليهم كما كان لان الهبة من الكفيل تملك فيرتد برد الكفيل كما

يرتد برد الاصيل اذا وهب منه وان قبل فقد تملك المال بقبول الهبة فهو بمنزلة مالو وهبه
 تملكه بالاداء فان شاء رجع على الاصيل بجميع المال وان شاء رجع على صاحبيه بالثلثين ان
 وجدهما أو على أحدهما بالنصف ان وجده دون الآخر بمنزلة مالو أدى المال فان كان الموهوب
 له غائباً فلم يقبل ولم يرد ولم يعلم به حتى مات فالهبة جائزة ويرجع ورثته على أيهم شاء ولما
 بدا أن هبة الدين اسقاط يتضمن التملك فان ضمنه معنى التملك يرتد برده مادام حياً ولو كونه
 اسقاطاً يتهم بموته قبل الرد ويجعل تمامه كتمامه بقوله وورثته قائمون مقامه فيرجعون على
 أيهم شاء كما بينا ولو وهبه لرجلين من الكملاء قبلاً جاز ورجعاً به على الاصيل وان شأ
 رجعا على الكفيل الثالث فانك بمنزلة مالو أديا وليس لواحد منهما أن يرجع على صاحبه بشيء
 من أجل ان كل واحد منهما صار ممتلكاً خمساً وهما يستويان في ذلك وان أخذ الكفيل
 اثلاث مآدى إليهما الثلث ثم أراد هذا الكفيل الفارم أن يرجع على أحدهما بنصف مآدى
 الى الآخر لم يكن له ذلك لان كل واحد منهما ممتلك للثالث فيكون بمنزلة مالو أدوا جميعاً المال
 الى الطالب وانما يتبعون الاصل بالألف كلها فاذا أخذوها كان لكل واحد منهم ثلث
 المتقبوض ولو أن الطالب حين وهب المال لهما الكفيلين قبل أحدهما الهبة وأبى الآخر
 أن يقبل فالذي قبل أن يأخذ ثلث هذا النصف من الكفيلين الآخرين لان تملكه نصف المال
 بقبول الهبة كتملكه بأداء النصف فان شاء رجع على الكفيلين معا بشئ ذلك النصف وان شاء
 على أحدهما بنصف ذلك اثلث ويأخذ الطالب بالنصف الآخر أي الكفلاء شاء وان شاء
 رجع على الاصيل لان الهبة بطلت في هذا النصف برد الموهوب له فعاد الحكم كما كان قبل الهبة
 فان قبض الطالب من الذي عليه الاصل شيئاً فهو له خاصة وللطالب أن يأخذ الموهوب
 له بما بقي من ذلك لان النصف الباقي ما وهبه منه فهو فيه كغيره من الكفلاء ولو وهب الطالب
 نصف المال لاحد الكفلاء كان بهذه المنزلة فان رجع الموهوب له على الكفيلين بشئ ذلك
 النصف فأخذه منهما لم يتبعه واحد منهما بشيء من ذلك لانه لو كان له حق الاتباع بعد الاداء
 كان له أن يمنع ذلك منه في الابتداء ولكن لو أديا الى الطالب خمساً كان للموهوب له أن
 يرجع عليهما بثلث خمساً أخرى فيرجع عليهما بثلث الخمسة حتى يكون الاداء عليهم اثلاثاً
 وكذلك الصدقة والنحلة والمطية فأما البراءة فليست كذلك ولا يرجع المبرأ من الكفلاء على
 على أحد بشيء لان ابراء الكفيل فسخ للكفالة وليس تملك شيء منه والله تعالى أعلم

باب الحلف في الكفالة

(قل رحمه الله) واذا حلف الرجل لا يضمن لفلان شيئاً فضمن له بنفس أو مال فهو حائث لانه قد ضمن له فالمفهوم من هذا اللفظ التزام المطالبة بتسليم شيء مضمون له وقد وجد ذلك وكذلك لو كفّل أو قبل الحوالة له وقال في الحوالة ضمان وزيادة والكفالة والضمن عبارتان عن عقد واحد ولو اشترى شيئاً بأمره فهذا ليس بضمن وإنما هذا التزام لعقد الشراء وعقد الشراء لا يسمى كفالة عرفاً وفي الايمان يعتبر العرف ولو ضمن لعبده أو مضاربه أو شريك له مفاوض أو عنان لم يحنث لان الضمان وقع لغيره فان المضمون ما يجب به المطالبة قبل الضامن بعقد الضمان وهو غير المحلوف عليه فالما المحلوف عليه ان توجهت له المطالبة فذلك باعتبار سبب آخر دون عقد الضمان (ألا ترى) أن الرد والقبول انما يعتبران ممن ضمنه له دون المحلوف عليه وعلى هذا لو ضمن الرجل فمات فورته المحلوف عليه لم يحنث وان صار الضمان له في الانتهاء لان الاصل كان لغيره وانما يثبت له باعتبار سبب آخر وهو الخلافه عن المورث ولو حلف لا يضمن لاحد شيئاً فضمن انسان ما أدركه من درك في دارا شتراها أو عبد حنث لانه قد ضمن للمشتري (ألا ترى) انه يسمى في الناس ضامناً من كان ضامناً للدرك وهو بمنزلة ماله قال ان لم يوفك فلان مالك اذا حل أو ان مات فلان قبل ان يوفيك فهو على أوفانا له ضامن فانه يكون ضامناً له ويكون حائثاً في يمينه وان كانت المطالبة متأخرة عنه الى أن يوجد ما صرح به ولا يخرج به من أن يكون ضامناً في الحال فكذلك في الدرك ولو ضمن لرجل غائب لم يخاطب عنه أحد لم يحنث في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويحنث في قول أبي يوسف رحمه الله وهو بناء على ما سبق أن الكفالة للغائب اذا لم يقبل عنه أحد باطل في قولهما فلا يحنث في يمينه وهو صحيح في قول أبي يوسف رحمه الله والضمان لازم للكفيل فيكون حائثاً في يمينه ولو خاطبه عنه مخاطب حنث في قولهم جميعاً لان الضمان صحيح في حق الضامن وان كان للمضمون له الخيار اذا بلغه بين أن يرضى به وبين أن يرده فيتم به شرط الحنث في حقه ولو ضمن لصبي لان أباه أو وصيه لو أجاز ذلك جاز فهو بمنزلة ماله ضمن الغائب فيتم في حقه اذا خاطبه به مخاطب وكذلك العبد المحجور عليه يحلف انه لا يضمن شيئاً فضمن فهو حائث لان يمين المحجور عليه ينقصد لكونه مخاطباً والالتزام بالضمان صحيح في حقه وان كان المال يتأخر عنه الى ما بعد العتق لحق مولاه فهو بمنزلة ماله

ضمن الغائب وعنه مخاطب أو ضمن لانسان بعد ما حلف وهو مفلس ولو حلف لا يكفل
بفلان أو لا يضمن فلانا فكفل عنه بمال لم يحنث لان الكفالة بفلان اذا أطلقت فانما يفهم
منها الكفالة بالنفس ومطلق اللفظ في اليمين محمول على ما يتفاهمه الناس في مخاطباتهم فان عني
المال كان ذلك على ما عني لانه شدد على نفسه بلفظ يحتمله وقد تقدم بيان هذا الجنس في
كتاب والله أعلم

باب الكفالة بما لا يجوز

(قال رحمه الله) ولا يجوز الكفالة بشجة عمد فيها قصاص ولا بدم عمد فيه قصاص
حتى لا يؤخذ الكفيل بشئ من القصاص ولا من الارش لان الكفالة انما تصح بمضمون تجرى
النيابة في ايفائه والقصاص عقوبة لا تجرى النيابة في ايفائها فلا يصح التزامها بالكفالة والارش
لم يكن واجبا على الاصيل بالفعل الذي هو موجب للقصاص والكفيل لم يكفل به أيضا
وكذلك الكفالة بمحد القذف باطلة لانه عقوبة لا تجرى النيابة في ايفائها ولان المقلب فيه
حق الله تعالى فيكون على قياس سائر الحدود وكذلك لا تجوز الكفالة بشئ من الامانات لانها
غير مضمونة على الاصيل ولا هو مطالب بايفائها من عنده وانما يلتزم الكفيل المطالبة بما
هو مضمون الايفاء على الاصيل فاذا استهلكها بعمد ذلك من هي في يده أو خالف فيها لم
يلزم الكفيل ضمانها لان أصل الكفالة لم يصح والضمان انما يلزم الاصيل بسبب حادث بعد
الكفالة وهو ما أضاف الكفالة الى ذلك السبب وكذلك في القصاص لو صالح الطالب المطلوب
على مال لم يلزم الكفيل من ذلك المال شيء لانه وجب بعقد بعد الكفالة والكفالة ما أضيفت
اليه وكما لا تصح الكفالة بهذه الاشياء فكذلك الرهن لان جواز الرهن يختص بما يمكن
استيفاؤه من الرهن فان موجب ثبوت يد الاستيفاء وكذلك الكفالة بالرهن عن المرتهن
الرهن باطل لان عين الرهن أمانة في يد المرتهن والكفالة بتسليم الأمانة لا تصح كالوديعة
والعارية والمضاربة وكذلك الكفالة للمولى مملوكة وهو في بيت مولاه أو قد أبق عنه باطلة
لانه غير مضمون للمولى على العبد فان المولى لا يستوجب على عبده حقا مضمونا وهذه
الكفالة دون الكفالة ببدل الكتابة للمولى عن مكاتبه وذلك باطل فهذا أولى ولو دفع ثوبا
الى قصار ليقصره وضمنه رجل فضمانه باطل في قول أبي حنيفة رحمه الله وكذلك من يشبهه

من الصنّاع لان العين عنده امانة في يد الاجير المشترك ولهذا لو هلك من غير صنع لم يضمن
وأما في قول من يضمن الاجير المشترك ما هلك عنده بسبب يمكن التحرز عنه وهو قول
أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فالكفيل ضامن لان العين عندهما مضمونة في يد القابض بنفسها
وهو بمنزلة المنصوب في يد الغاصب فتصح الكفالة به ولو كفّل بعبد رجل ان هو أبق من
مولاه فهو باطل لانه ما أضاف الكفالة الى سبب وجوب الضمان فالأباق ليس بسبب يوجب
ضمانا للمولى على عبده وكذلك لو كفّل بدابته ان انفلتت منه أو بشيء من ماله ان تلف لان
الكفيل يلتزم مطالبة هي على الاصيل وذلك ينعدم هنا ولو استودع رجلا وديعة على أن
هذا كفيل بها ان أكلها أو جردها فهو جائز على ما شرط لانه أضاف الكفالة الى سبب
وجوب الضمان والمتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز وكذلك لو قال أنا كفيل بما
صالحته عليه من مال من القصاص الذي تملك عليه في نفس أو من مال لك غلبه لانه أضاف
الكفالة بالمال الى سبب توجه المطالبة بها وكذلك لو قال ان قتلت فلان خطأ فأنا ضامن
لديتك فقتله فلان خطأ فهو ضامن ارشه لانه أضاف الكفالة بالارش الى سبب موجب له
وهو مما تجرى النيابة في ايفائه ولو قال ان أكلت سبع أو ذئب فأنا ضامن لديتك فهذا
باطل لانه ما أضاف الضمان الى سبب موجب له ولو قال ان غصبك انسان فأنا ضامن له
فغصبه انسان شيئا فلا ضمان عليه لانه عم . معناه أن المكفول عنه مجهول جهالة متفاحشة وذلك
يمنع انعقاد الكفالة مضافا كان أو مجردا ولو خص انسانا أو قوماً لم يضمنه ذلك لان المكفول
عنه معلوم ولو دفع ثوبا الى قصار يقصره بأجرة وكفّل به رجل ان أفسده أو كان جائزا
لان الأجير المشترك ضامن لما جنت يده فقد أضاف الكفالة الى سبب موجب الضمان
فصح الكفالة لهذا ولو ادعى قبل رجل قصاصا في نفس أو دونها أو حدا في قذف
وسأل القاضي أن يأخذله كفيل بنفسه وقال ينبغي حاضرة لم يجبه القاضي الى ذلك في قول
أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يحميه الى ذلك لان تسليم النفس
مستحق على الاصيل الطالب في هذا الموضع فتصح الكفالة به كما في دعوى المال وهذا
لان تسليم النفس تجرى فيه النيابة فالكفيل انما يلتزم ما يقدر على ايفائه وأبو حنيفة رحمه الله
يقول تسليم النفس هنا المقصود لا تصح الكفالة به وهو الحد والتقصاص فلا يجبر على اعطاء
الكفيل بالنفس فهما بخلاف المال وهذا لان العقوبات تدرك بالشبهات فلا ينبغي للقاضي أن

يسلك فيها طريق الاحتياط بالاجبار على اعطاء الكفيل بالنفس لان ذلك يرجع الى الاستيثاق وهو ضد موضوع العقوبات ولكن السبيل أن يقول له الزمه ما بينك وبين قيامي فان أحضر البيئة قبل أن يقوم القاضي والا خلى سبيله ولو أقام شاهدا واحدا لا يعرفه القاضي فان أقام شاهدين أو واحدا عدلا يعرفه القاضي فان القاضي يجبسه في السجن حتى يسأل الشهود لانه صار متهما بارتكاب الحرام الموجب للعقوبة حين تم أحد شطري الشهادة والحبس مشروع في حق مثله (الأتري) أن الداعر يحبس ولا يكفل حتى يأتي بشاهد آخر لان الكفيل للاستيثاق بالحدود والنصاص وذلك غير مشروع فأما الحبس للتعزير فهو مشروع في حق من هو متهم بارتكاب الحرام وعلى قولهما لا يحبس قبل تمام الحجة الموجبة لتقضاء ولكنه يكفله ثلاثة أيام كما في دعوى المال ولو ادعى قبل رجل مالا بسرقة منه وقال ينتهي حاضره فانه يؤخذ له منه كفيل بنفسه ثلاثة أيام لان المدعى مال والاستيثاق بالكفالة فيه مشروع فان قال قبضت منه السرقة لكني أريد أن أقوم عليه الحد لا يؤخذ منه كفيل لان الحد يجب لله تعالى وهو ينبغي على البرء والاسقاط فلا يستوثق بأخذ الكفيل بالنفس فيه وكذلك حد الزنا فان طلب المشهود عليه من الذي شهد عليه بالزنا حد القذف فتال الشاهد عندي بذلك أربعة شهداء أجل فيه الى قيام القاضي ليظهر عجزه بهذا الامهال عن اقامة أربعة من الشهداء فان لم يحضروهم أقام عليه حد القذف لان السبب الموجب للحد قد تقرر وهو القذف مع العجز عن اقامة أربعة من الشهداء ولم يحل عنه ولا يكفل لان ذلك يرجع الى الاستيثاق ولكن الطالب يلزمه الى قيام القاضي مراعاة لحقه حتى لا يهرب فان قال الشاهدان المشهود عليه بعد فاقول قوله لان ثبوت حرته بطريق الظاهر وبمثله يدفع الاستحقاق ولا يستحق الحد وان طلب المقذوف من القاضي ان يأخذ له منه كفيل حتى يحضر البيئة انه حر لم يؤخذ لان هذا استيثاق لا اقامة الحد ولكن القاذف يحبس على وجه له فقد استوجب ذلك باشاعة الفاحشة حرا كالمقذوف أو عبدا ويؤجل المقذوف أياما بمنزلة ماله لو أقام رجل عليه البيئة بالرق فزعم ان له بيئة حاضرة على الحرية وكما يؤجل هناك أياما ليمكن من اثبات حرته بالبيئة فكذلك هنا وان أقام رب السرقة شاهدين على السارق وعلى السرقة وهي بعينها في يديه لم يؤخذ منه كفيل ولكنه يحبس وتوضع السرقة على يدي عدل حتى ينزى الشهود لان في الاشتغال بأخذ الكفيل بنفسه أو بالعين السرقة استيثاقا لا اقامة الحدود

ذلك غير مشروع ولكنه يحبس على وجه التعزير وتوضع السرقة على يدي عدل لان السارق غير مأمون على العين المسروقة والمدعى عليه المال اذا كان يخاف منه ان يتلف المال فللقاضي أن يضعه على يدي عدل بعد اقامة البينة حتى يزكى الشهود واخراج العين فيه نوع تعزير له واذا ادعى عبد علي حرق ذفا وأراد أن يعذر له أو ادعى رجل قبل رجل مسألة فيها تعزير وقال بينتي حاضرة أخذله منه كفيلا بنفسه ثلاثة أيام لانه ليس بجد وانما هو تعزير وهو من حقوق العباد حتى يجوز العفو عنه وهو مما لا يندري بالشبهات التي هي في معنى البذل بمنزلة الاموال ولو ادعت امرأة على زوجها انه قذفها والزواج حر أو عبد لم يؤخذ منه كفيلا في قول أبي حنيفة رحمه الله لان اللعان في قذف الزوج زوجته بمنزلة الحد في قذف الأجنبي وقد بينا الخلاف هناك بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله فكذلك هنا ولو ادعى الولد قبل الوالد قذفا لم يؤخذ منه كفيلا ولم يترك ان يلزمه لان الابن لا يستوجب علي والده شيئا من نوع العقوبة تعزيرا كان أو حدا أو قصاصا وكذلك لا يستوجب عليه الحبس في دين له واجب عليه وكذلك لا يستوجب الملازمة في دعواه قبله وكذلك لو ادعاه قبل والدته أو جده أو جدته وكذلك لو ادعى عبد ان مولاه قذف أمه وهي حرة مسلمة لان حقوق الملك في اخراج المملوك من أن يكون أهلا لاستيجاب العقوبة على مالكه بمنزلة الولادة ولو ادعى حر قبل عبد قذفا فأراد أن يأخذ منه كفيلا بنفسه أو نفس مولاه وخاف أن لا يقيم عليه الحد الا بمحض من مولاه لم يؤخذ له الكفيل من واحد منهما ولكنه يؤمر بتلازمهما الى أن يقوم القاضي في قول أبي حنيفة رحمه الله ولو أقام البينة عليه بذلك بمحض من مولاه فان العبد يحبس له ويؤخذ له من مولاه كفيلا في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله لا يحبس العبد ولكن يؤخذ له كفيلا بنفس العبد خاصة دون نفس المولى وفي قول محمد رحمه الله يؤخذ له الكفيل بنفس العبد ونفس مولاه والذي قال في الكتاب ان قول محمد رحمه الله مثل قول أبي حنيفة رحمه الله انما يريد به أخذ الكفيل من المولى فأما حبس العبد فتقوله كقول أبي يوسف رحمه الله وهو بناء على مسئلتين احدهما ما بينا من اخذ الكفيل بنفس المدعى قبله حد القذف والاخرى ما تقدم بيانه في الآتي أن حد القذف بالبينة لا يقيم على العبد الا بمحض من مولاه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله يقيم عليه وان لم يحضر المولى فقال أبو يوسف رحمه الله لا يأخذ الكفيلين بنفس

المولى لانه لا حاجة الي حضوره في اقامته الحد ويؤخذ الكفيل بنفس العبد ولا يحبس قبل اقامة البينة ولا بعدها قبل ظهور عدالة الشهود لان هذا بمنزلة المال عنده في حكم الكفالة بالنفس وقال محمد رحمه الله كذلك الا أنه قال يؤخذ الكفيل بنفس المولى لانه لا بد من حضرة المولى لاقامة الحد على العبد عنده وعند أبي حنيفة رحمه الله في دعوى حد القذف لا يجبر على اعطاء الكفيل بالنفس قبل اقامة البينة ولكن يصار فيه الى الملازمة ولا بد من حضرة المولى عنده لا قامه البينة فيكون للمدعي أن يلازمهما وبعد اقامة البينة يحبس العبد تعزيرا كما يحبس الحر اذا قامت البينة عليه بالقذف ويؤخذ من مولاة كفيل لانه لا بد من حضرة المولى لاقامة الحد ولا سبيل الى حبسه لانه ما ارتكب حراما فيؤخذ منه كفيل نظرا للمدعي لانه ليس في أخذ الكفيل من المولى هنا توثق بحمد عليه اذ لا حد على المولى ولو ادعى رجل على رجل حدا في قذف فأقام شاهدين على شهادة شاهدين أو شاهد وامرأتين لم يكفل ولم يحبس وكذلك هذا في القصاص لانه لا مدخل لهذا النوع من الحجة في حد أو قصاص ولو كان هذا في سرقة أخذ منهم كفيل بنفسه حتى يسأل عن الشهود لان المال يثبت بهذه الحجة فان زكوا قضى عليه بالمال وكذلك كل جراحة لا قصاص فيها لا في دعوى المال وبمثل هذه الشهادة يثبت المال فاذا ادعى رجل دم عمد على ثلاثة نفر فأقر اثنان منهم بذلك وشهدا على الثالث أنه قتل معهما عمدا فانهما يحبسان فأقرارهما على أنفسهما بمباشرة السبب الموجب للعقوبة ولا يحبس الآخر بشهادتهما ولا يكفل لان شهادتهما ليست بمقبولة على الثالث فانهما فاسقان ولاهما يشهدان بفعل كان مشتركا بينه وبينهما ولا شهادة لهما في مثله فانما يبقى في حق الثالث مجرد دعوى المدعي وبه لا يثبت الحبس ولا التكفيل ولو كان أولياء الدم ثلاثة فادعى أحدهم على رجل وادعى الآخر على الشريك قتل العمد وكل واحد منهما يدعى بيته حاضرة لم يحبس أحد منهم ولكن يؤخذ من كل واحد منهم كفيل ثلاثة أيام لانه لا قصاص في هذه الدعوى وانما انهاء المال بشيء واحد منهما على من بينته عليه في دعوى المال يكفل بالنفس ثلاثة أيام ولو ادعى رجل قبل رجل قطع يد عمدا ثم أبرأه وادعاه على آخر لم يكفل الثاني ولا تقبل بيته عليه لوجود التناقض منه في الدعوى فان أقر الثاني بذلك قضى عليه لانه مناقض صدق خصمه في ذلك الا انه لا يقضى عليه بالقصاص لان ما تقدم من الدعوى منه على غيره يمنعه من استيفاء القصاص منه فيصير ذلك شبهة في حق القصاص

دون المال وهذا مشكل فان تعذر استيفاء القصاص لمعنى من جهة من له الحق وهو تناقضه في الدعوى وفي مثله لا يقضى بالدية كما لو قال قتل وليك عمدا فقال لا بل قتلته خطأ لا يقضى بالمال وكل مالا قصاص فيه فهو بمنزلة الخطأ في حكم الكفالة حتى اذا ادعى على رجلين قطع يد عمدا أخذ له منهما الكفيل بالنفس لان هذا غير موجب للقصاص وانما الدعوى فيه دعوى المال ولو أقام شاهدين عدلين على قتل خطأ قضى له بالدية ولا حبس على القاتل في ذلك ولا كفالة لان الخاطئ معذور والخطأ موضع رحمة من الشرع علينا فالخاطئ لا يستوجب التعزير الا أن يكون داعرا فيحبس للدعارة لان في حبس الداعر تسكين الفتنة ولو أن رجلا قطع يميني رجلين فاجتمعا وطلبا كفيلا بنفسه لاهوخذ لهما منه كفيل بنفسه من قبل ان كل واحد منهما يدعي القصاص (الا ترى) أن أحدهما اذا أقام البينة قضى له بالقصاص واذا أقاما جميعا البينة قضى لهما بالقصاص حتى اذا بادر أحدهما واستوفى كان مستوفيا لحقه الا انهما اذا استوفيا القصاص يقضى لهما حينئذ بارش اليد وقضى بنصف طرفه حقا مستحقا عليه لكل واحد منهما واذا ثبت أن دعوى كل واحد منهما دعوى القصاص لم يؤخذ الكفيل بنفسه في قول أبي حنيفة رحمه الله ولو ادعى رجل قبل رجل قطع يد عمدا ويد القاطع شلاء فقال المدعى أنا أختار الدية فخذ لي منه كفيلا بنفسه أخذ له الكفيل لان باختياره يتعين حقه في المال وفي دعوى المال تجري الكفالة بالنفس واذا ادعى رجل قبل رجل شتمه فاحشة وأقام عليه شاهدين بالشتمة لم يحبس المدعي عليه ولكن يؤخذ منه كفيل بنفسه حتى يسأل عن الشهود ولما بينا أن دعوى التعزير كدعوى المال وفي دعوى المال لا يحبس ما لم تظهر عدالة الشهود ثم الحبس نهاية العقوبة في هذه الدعوى (الا ترى) أن بعد عدالة الشهود لو رأى القاضي أن يحبسهم أياما عقوبة ولا يعزr بالسوط كان له ذلك فلما كان الحبس له نهاية العقوبة هنا لا يمكن اقامتها قبل ظهور العدالة بخلاف القصاص والحدود وأشار في الحدود والقصاص الى أن على قولهما بعد اقامة البينة قبل ظهور عدالة الشهود يحبس ولا يؤخذ الكفيل ولكن يبرأ الكفيل ان كان أخذه منه (تأويله) بعد ظهور العدالة فأما قبل ذلك فلا يشتغل بحبسه عندهما على ما فسرته في دعوى الحد على العبد وان كان المدعى عليه الشتمه رجلا له مروءة وخطر استحسنت أن لا أحبسـه ولا أعزrه اذا كان ذلك أول مرة لان احضاره مجلس القاضي فيه نوع تعزير في حقه فيكتفى به في أول مرة ويؤخذ بما رواه

الحسن رحمه الله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تجافوا عن ذوي المروءة الا في الحد
واذا ادعى رجل قبل رجل شيئا يجب عليه فيه عقوبة فأخذ منه كفيلا بنفسه ثلاثة أيام فهرب
المكفول به وقدم الطالب الكفيل الى القاضي فانه يجبسه حتى يجي به لانه اتزم تسليم نفسه
فيجبس لا يفاء ما التزمه ولو ادعى قبل رجل انه ضربه وخنقه وشتمه وأن له ينسة حاضرة
أخذت له منه كفيلا ثلاثة أيام فان أقام على ذلك شاهدين أو شاهدا وامرأتين أو شاهدين
على شهادة شاهدين عزر به لان التعزير بمنزلة المال يثبت مع الشبهات وقد ينال في كتاب
الحدود أنه لا يبلغ بالتعزير أربعين سوطا في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي يوسف
رحمه الله يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطا اذا كان في أمر متفاحش وتعزير العبد في مثل
ذلك تسعة وثلاثون سوطا عنده ذكر هذه الزيادة هنا لان الأربعين حد في حق العبد وقد
قال صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين ولو ادعت امرأة قبل زوجها
أنه ضربها ضربا فاحشا وادعت بينة حاضرة أو ادعى رجل ذلك قبل ولده الكبير أو قبل أخيه
يؤخذ منه كفيل ثلاثة أيام وكذلك الذي يدعى الشتم قبل المسلم أو الذي أو العبد يدعيها
قبل الحر لان الدعوى في هذا كله دعوى التعزير والكفالة فيه مشروعة واذا مات الرجل
وعليه دين ولم يترك شيئا فكفل ابنه أجنبي للغريم بما له على الميت لم تجز الكفالة في قول
أبي حنيفة رحمه الله وهي جائزة في قول أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهما الله واذا كان
الميت ترك وفاء جازت الكفالة عندهم جميعا وان ترك شيئا ليس فيه وفاء فانه يلزم الكفيل
بقدر ما ترك الميت في قوله وفي قولهما يلزمه جميع ما كفل به ووجههم في ذلك ما روى أن النبي
صلى الله عليه وسلم أتى بمجنزة رجل من الانصار ليصلي عليه فقال صلى الله عليه وسلم هل على
صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان أو ديناران فقال صلوات الله عليه وسلامه صلوا على صاحبكم
فقال أبو قتادة هما على يارسول الله وفي رواية قال ذلك علي كرم الله وجهه فصلى عليه رسول
الله صلى الله عليه وسلم فلم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه رسول الله صلى الله عليه
وسلم بعد الكفالة وعن عبد الحميد بن أبي أمية عن رجل من الانصار انه قال لاصحابه من
استطاع منكم أن يموت وليس عليه دين فليفعل فاني شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم
وقد أتى بمجنزة رجل من الانصار فقال صلى الله عليه وسلم هل على صاحبكم دين فقالوا نعم
فقال صلوات الله عليه وسلامه وما ينفعكم صلاتي عليه وهو في قبره مرتين بدينه ثم قال صلى

الله عليه وسلم فمن ضمنه تمت فصليت عليه فهذا تنصيب على تصحيح الضمان عن الميت المفلس والمعنى فيه أنه كفيل بدين واجب فيصح كما في حال حياة المدينون وهذا لأن الدين كان واجبا عليه في حال حياته فلا يسقط إلا بإفشاء أو إبراء أو انقضاء سبب الوجوب وبالموت لا يتحقق شيء من ذلك (ألا ترى) أنه مؤاخذ به في الآخرة مطلوب به ولو تبرع إنسان بقضائه جاز التبرع إلا أنه تعذرت مطالبته به في الدنيا بموته وبهذا لا يخرج الحق من أن يكون مطلوباً في نفسه كما لو أفلس في حال الحياة وكالعبد إذا أقر على نفسه بدين ثم كفله عنه كفيل به صحيح وإن كان هو لا يطالبه في حال رقه لأن الحق مطلوب في نفسه وهذا لأن ذمته باقية بعد الموت حكماً لأنها كرامة اختص بها الآدمي وبموته لا يخرج من أن يكون محترماً مستحقاً للكرامات بنى آدم (ألا ترى) أنه لو مات ملياً بقي الدين بقاء ذمته حكماً لا للانتقال إلى المال وليس بمحل لوجوب الدين فيه وإنما هو محل القضاء الواجب منه ولو كان بالدين رهن بقي الرهن على حاله وإن كان مات عن أفلاس بأن كان الرهن مستعاراً من إنسان وبقاء الرهن لا يكون إلا باعتبار بقاء الدين ولو قتل عمداً وهو مفلس فكفله به كفيل بالدين الذي عليه صح والقصاص الواجب ليس بمال ولو لم تكن الذمة باقية حكماً لما صحت الكفالة هنا وهذا بخلاف دين الكتابة فالحق هناك غير مطلوب وكذلك الديون الواجبة لله تعالى فإنها غير مطلوبة في الحكم في الدنيا والكفالة تكون بالحق فيشترط كون الحق مطلوباً في نفسه على الإطلاق وهناك الحق مطلوب في نفسه وبموته لم يتغير الحكم فبقي مطلوباً وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن الحق قد توى وإنما تصح الكفالة بالقائم مثلاً من الدين دون التاوى وبيان ذلك هو أنه لا يتصور قيام الحق بدون محله وعمل الدين الذمة وقد خرجت ذمته بموته من أن يكون محلاً صالحاً لوجوب الحق فيها فإن الذمة عبارة عن العهدة ومنه يقال أهل الذمة وأصل ذلك من الميثاق المأخوذ على الذرية المأخوذة من ظهر آدم صلوات الله عليه قال تعالى وإذا أخذ ربك من بنى آدم من ظهورهم ذريتهم الآية وتماه بالالتزام المذكور في قوله تعالى وكل إنسان ألزمناه طائره في عنقه وذلك باعتبار صفة الحياة قبله فأما بالموت فخرج من أن يكون أهلاً لالتزام شيء من الحقوق في أحكام الدنيا فمررنا أنه لم يبق له ذمة صالحة تكون محلاً للحق ولكنه في أحكام الآخرة معدة للحياة فبقي الذمة في أحكام الآخرة ولهذا كان مؤاخذاً به وهو معد للحياة في الدنيا عادة فلا تبقى الذمة في أحكام الدنيا وباعتبار المطالبة

في أحكام الآخرة لا يمكن تصحيح الكفالة كما في ديون الله جلت قدرته والدليل عليه أن الذمة لم تبق محلا لوجوب الحق فيها بعد الموت وكما يشترط المحل لابتداء الالتزام فكذلك يشترط المحل لبقاء الحق ولم يبق المحل فلا يبقى في أحكام الدنيا أيضا والكفيل انما يلتزم المطالبة بما على الاصيل ولا يلتزم أصل الدين في ذمته ولم يبق في ذمة الاصيل شيء في أحكام الدنيا فلا تصح الكفالة وهذا الدين في حكم المطالبة دون دين الكتابة فالمكاتب يطالب بالمال وان كان لا يجبس فيه ثم هناك الكفالة به لا تصح فهنا أولى بخلاف المفلس في حال الحياة فان ذمته محل صالح لوجوب الحق فيها ابتداء فبقى الواجب وبخلاف العبد أيضا فان له ذمة صالحة لوجوب الحق فيها وان ضعفت ذمته بسبب الرق وبخلاف ما اذا مات مليا فالمال هناك خفف عن الذمة فيما هو المتصود وهو المطالبة والاستيفاء لان الاستيفاء يكون من المال بجعل الاصل قائما حكما وهنالم يبق حلف بعد موته مفلسا وتوهم أن يتبرع انسان بماله فيقضى عنه الدين لا يجمل مال الغير خلفا عن ذمته قبل جعل صاحبه وبخلاف ما اذا كان بالدين كفيل لان ذمة الكفيل هنا خلف عن ذمته وبعد صحة الكفالة قد يتحول الدين الى ذمة الكفيل عند الضرورة وهو عند أداء الكفيل أو الهبة وقد تحققت الضرورة هنا فلهذا بقي الكفيل في الكفالة وكذلك الرهن خلف عن الذمة فيما هو المقصود وهو استيفاء الدين منه بقدر استيفائه من محل آخر واذا قتل عمدا فقد قال بعض أصحابنا رحمهم الله لا تصح الكفالة عند أبي حنيفة رحمه الله وبعد التسليم يقول القصاص الواجب بفرض أن يصير مالا بعفو بعض الشركاء أو تمكن الشبهة فتوهم توجه المطالبة في الدنيا بقضاء ذلك الدين يجعل الذمة باقية حكما فتصح الكفالة لهذا المعنى والحديث المروى في انبأ يحتمل أن يكون ذلك من أبي قتادة أو على رضى الله عنهما اقرارا بكفالة سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء في الكفالة سواء والعموم بحكاية الحال لا يثبت ويحتمل أن يكون وعدا منهما لا كفالة وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يمتنع من الصلاة على الميت ايظهر طريق لقضاء ما عليه فلما ظهر الطريق لوعدهما صلى الله عليه لهذا (الآرى) انه مامروى انه كان يقول لعلي رضى الله عنه بعد ذلك ما فعل الديناران حتى قال يوما قضيتهما فقال صلى الله عليه وسلم الآن بردت عليه جلده ولم يجبره على الاداء وبه يتبين انه كان وعدا لا كفالة والحديث الآخر شاذ ويحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم عرف أن لذلك الرجل مالا ولكنه ما كان ظاهرا عند الناس فلهذا نذبههم الى الضمان عنه ليصلي

عليه ثم هذا حكم منسوخ لاجتماعنا على جواز الصلاة على المديون المفلس والاستدلال بالمنسوخ لا يقوى والله أعلم بالصواب

باب كتاب القاضي في الكفالة

(قال رحمه الله) وإذا كتب القاضي الى القاضي في كفالة بنفس رجل كفل به بأمره فأراد أن يقبل معه حتى يوافيه به فأقام على كتاب القاضي شاهدي عدل وكتب انه قد قامت عنده البينة العادلة انه كفل بنفسه بأمره فان القاضي يأمره بالخروج معه حتى يوفي مكانه ويخلصه مما أدخله فيه لان الكفالة بالنفس تثبت مع الشبهات فيثبت كتاب القاضي الى للقاضي ثم الثابت بالبينة عند القاضي المكتوب اليه كالثابت باقرار الخصم ولو أقر الخصم بذلك في الذمة بالخروج معه لانه هو الذي أوقعه في هذه الورطة حين أمر أن يكفل بنفسه فعليه أن يخلصه ههنا كما لو أمر بالكفالة بالمال كان عليه تخليصه مما يلزمه به فان كفل بالبصرة وجاء بالكتاب من قاضي البصرة الى قاضي الكوفة بذلك فانه يؤمر أن يوافيه حتى يبرئه من ذلك لانه انما يلزمه تسليمه في الموضع الذي التزم التسليم فيه ولا يقدر على ذلك الا بموافاة الأمر معه الى ذلك الموضع وكذلك لو كان كفل به بالكوفة على أن يوافي به بالبصرة فأخذ الطالب بالكوفة فانه يأمره القاضي أن يوافي معه بالبصرة حتى يبرئه لما قلنا ولو كفل بنفسه بالكوفة على أن يدفعه بالكوفة وأخذ الطالب بالبصرة فطلب كتاب قاضي البصرة الى قاضي الكوفة بذلك ليأمره بأن يوافي معه بالبصرة لم يجبه الى ذلك ولو كتب له يجبر قاضي الكوفة المكفول به على الذهاب معه الى البصرة لان مطالبة الطالب بالبصرة لا تلزم الكفيل شيئا فانه ما التزم تسليمه اليه بالبصرة ولو طلب الكفيل كتاب قاضي البصرة ببينة بالكفالة بأمره فانه يكتب له بذلك حتى اذا قدم الكوفة وطلب الطالب بالبصرة بالتسليم فامتنع الاصيل وجحد الأمر بالكفالة كان كتاب قاضي البصرة حجة له عليه ولو كتب القاضي الى القاضي كتابا في كفالة بنفس رجل ولم يبين في كفالته انه كفل بأمره فانه لا يؤخذ له بذلك بمنزلة ما لو أقر انه كفل بغير أمره وهذا لانه لو كفل عنه بمال بغير أمره لم يكن عليه أن يخلصه من ذلك لانه التزمه باختياره فكذلك اذا كفل بنفسه بغير أمره واذا كان الكفلاء بالمال ثلاثة وبعضهم كفلاء عن بعض فأدى المال أحدهم والكفيلان الآخران في بلدين

وصاحب الاصل في بلد آخر فأقام البينة بذلك عند القاضي وسأله أن يكتب له به فانه يكتب له
 بثلاثة كتب الى كل بلد بصفة الكفالة وحالها وأداء المال لانه يحتاج الى ذلك كله فربما يقصد
 أخذ الثلاثة فلا بد من أن يعطيه ما يكون حجة له عليه الا أنه يكتب الى كل قاض بما كتب
 به الى القاضي الآخر على سبيل النظر فيه للخصوم لكيلا يلتبس المدعي يأخذ مالا على
 حدة كل كتاب عن كل خصم ولا بد من أن يسمى في كتابه الشهود وآباءهم وقبائلهم لان
 هذا الكتاب لنقل الشهادة فلا بد من اعلام الشاهد فيه واعلامه بذكر اسمه واسم أبيه وقبيلته
 فان أخذ أحد الكفلاء فقال قد أخذت من الكفيل معي نصف المال أو من الاصيل المال
 فعليه البينة لان الاصيل لو ادعى ذلك بنفسه كان عليه أن يبينه بالبينة فكذلك اذا ادعى ذلك
 الكفيل وهذا لان السبب الموجب للرجوع له بنصف المال على الذي أخذه ظاهر وهو
 يدعي مائلاً أو مسقطاً فعليه اثباته بالبينة - لم يكن له بينة حالف الذي ادعى المال وأخذ منه
 نصفه واذا أدي الكفيل المال وأخذ به كتاب قاض الى قاض فلم يجد صاحبه هناك فان
 القاضي الذي أتاه بالكتاب يكتب له الى قاض آخر بما أتاه من قاضي كذا لان على المكتوب
 اليه أن ينظر له ويقبضه على ما يتوصل به الى حقه كما هو على الكتاب ولان شهوده قد ثبتت
 في مجلس القاضي المكتوب اليه بالكتاب فهو كما لو ثبت بأدائهم الشهادة في مجلسه فعليه أن
 يكتب له الى قاضي البلدة التي فيها خصمه وان رجع القاضي الذي كتب له أول مرة فقال
 اكتب لي كتاباً آخر فاني لم أجده خصمي في البلد الذي كتب الى قاضيه لم يكتب له حتى يرد
 اليه كتابه الاول نظراً منه لخصمه لان من الجائز أن يقصد المدعي التلبيس ليأخذ مالا بكل
 كتاب وانما حقه في مال واحد وان كتب له قبل أن يرد اليه كتابه فقد أساء في ترك النظر
 لاي الخصمين وميله الى أحدهما وتمكينه من التلبيس وليبين في كتابه أنه قد كتب له في هذه
 النسخة الى قاضي كذا وكذا فهذا يندفع بعض التلبيس ويحصل للقاضي الكتاب التحرز عن
 التمكن من الظلم واذا كتب للقاضي بمال أداه كفيل عن كفيل فهو جائز ويؤخذ به الكفيل
 الاول للثاني اذا كان هو الذي أمره به ولا يؤخذ به الذي عليه الاصل ولم يأمره بالكفالة
 عنه وانما أمره الكفيل الاول والتخليص انما يجب على من أوقعه بأمره اياه بالكفالة في الورطة
 فان كان الاصل هو الذي أمر الثاني أن يضمن من لم يأمره بشيء وأصل المال على الاصيل
 فلا فرق بين أن يأمره أن يكفل بذلك المال عنه وبين أن يأمره بأن يكفل به عن كفيله واذا

ادعى الكفيل المال وكتب له القاضي بذلك ولم يكتب في كتابه انه كفل بأمره فان الذى أتاه الكتاب لا يرد الكفيل بالمال لان الاصيل لو أقر بكفاله عنه وجحد أن يكون أمره بذلك لم يكن له أن يرجع عليه بشئ فكذلك اذا ثبت ذلك بالينة وان جاء الكفيل بكتاب من قاض آخر انه كفل عنه بأمره فهو مستقيم ويؤخذ له بالمال بمنزلة ماله أقر الخصم بذلك أو شهد عليه شاهدان والله تعالى أعلم بالصواب

باب الشهادة واليمين في الحوالة والكفالة

(قال رحمه الله) واذا ادعى رجل على رجل كفالة بنفس رجل وشهد له شاهدان فاختلغا في الوقت أو في البلد الذى وقعت الكفالة فيه أو في الاجل بأن قال أحدهما الى شهر وقال الآخر الى شهرين أو قال أحدهما حال وقال الآخر الى شهر فالكفالة لازمة في ذلك كله لانه قول يعمد ويكرر فلا يختلف المشهود به وهو أصل الكفالة باختلافها في هذه الاشياء ولو شهدا أن هذا كفل لهذا بنفس رجل لا نعرفه ولكن نعرف وجهه ان جاء به فهو جائز لانهما يشهدان على قول الكفيل ويجعل ما ثبت من قوله بشهادتهما كالثابت باقراره فيقضى القاضى به ويأمره أن يأتى به على معرفتهما ولو قال لا نعرف وجهه أيضاً فانه يؤخذ بالكفالة بمنزلة ماله أقر عند القاضى بأنه كفل بنفس رجل لهذا ثم يقال له أى رجل أتيت به وقلت هو هذا وحلفت عليه فانت برى من الكفالة وهذا لان جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار فالقول في بيانه قول المقر بمنزلة ماله أقر أنه غصب من فلان شيئاً أو شهد الشهود على اقراره بذلك ولو قال أحدهما كفل بنفس فلان وقال الآخر كفل بنفس فلان الآخر لم تجز الشهادة لاختلافهما في المشهود به على وجه لا يمكن التوفيق فيه ولو ادعى رجل كفالة بنفس رجلين فأقام شاهدين فأثبتا كفالة أحدهما واختلفا في الآخر فأثبتته أحدهما وشك الآخر فيه فانه يؤخذ بالكفالة التى اجتمعا عليها لان الحجة فيها قد تمت وفي الآخر لم تتم الحجة حين شك فيه أحدهما والكفالة بأحدهما تنفصل عن الكفالة بالآخر . ولو شهد رجلان على رجل انه كفل لأبيهما ولرجل بنفس فلان كانت شهادتهما باطلة لانهما يشهدان بلفظ واحد وقد بطلت شهادتهما في حق أبيهما فتبطل في حق الآخر أيضاً اذ المشهود به لفظ واحد ولو شهد رجلان على رجل أنه كفل لفلان بنفس فلان فان لم يواف به غدا فعليه ما عليه وهو ألف درهم

فهو جائز لان الثابت بالبيننة كالثابت بالمعينة أو اقرار الخصم فان اختلفا في الوقت أو المكان أو الاجل فشهادتهما جائزة اذا ادعى الطالب أقرب الاجلين فان ادعى أبعد الاجلين لم تقبل الشهادة لانه قد أ كذب الذي شهد باقرارهما حين ادعى الابد وانما أ كذبه فيما شهد له به وا كذاب المدعي شاهده فيما شهد له يبطل شهادته بخلاف الاول فهناك انما أ كذب الشاهد بأبعد الاجلين فيما شهد عليه به وذلك لا يضره وهو بمنزلة ما لو ادعى ألفا وشهد له أحد الشاهدين بألف وخمسمائة لا تقبل ولو ادعى ألفا وخمسمائة وشهد له أحد الشاهدين بألف قبلت شهادتهما على مقدار الالف لهذا المعنى ولو اختلفا في المال فشهد أحدهما بدرهم والآخر بدنائير لم تجز شهادتهما في شيء من ذلك اذا ادعى الطالب النصفين وقال لم يشهد لي بالنصف الآخر لانه أ كذب أحدهما فيما شهد له به فتبطل شهادتهما في جميع ما شهدا به وان ادعى النصفين جميعا جازت شهادتهما في الكفالة بالنفس وبطلت في المال لانه ما كذب واحدا منهما فيقضى بشهادتهما فيما اتفقا عليه ويتعذر القضاء فيما تفرد به كل واحد منهما فان اتفقا في المال انه ألف درهم فقال أحدهما قرض وقال الآخر ثمن مبيع وقال لم تشهد لي على القرض فتد أ كذب الشاهد بالقرض فلا تجوز شهادته له في شيء من ذلك وان ادعى الطالب ألفين ألف قرض وألف ثمن مبيع فهو ما كذب واحدا منهما فتجوز شهادتهما له في الكفالة بالنفس وفي ألف درهم لا يقبلها على وجوب الألف واختلافهما في الجهة لا يمنع القضاء بالمال لانهما اختلفا ولم يختلفا بقله ولان الجهة غير مطلوبة بينهما وانما المقصود المال بخلاف الاول فقد اختلفا هنا في جنس المال الذي هو مقصود وان كان الشاهدان كفيلين بالمال عن صاحب الاصل لم تجز شهادتهما لانهما يجران بها الى أنفسهما فغما فان الطالب اذا أخذ المال من المشهود عليه استفاد البراءة به وكذلك لا تجوز شهادة ولدهما ووالدهما لانه ينفعهما بشهادته وكذلك لا تجوز شهادة ابن الاصيل على الكفيل بذلك لانه ينفع أباه فان الطالب اذا استوفى المال من الكفيل برئ الاصيل وكذلك تجوز شهادة ابن الكفيل اذا أقربه الكفيل وأنكره الاصيل لانه شهد لأبيه في ثبوت حق الرجوع على الاصيل عند الاداء وان جحد الكفيل وأقر به الاصيل جازت شهادة ابن الكفيل لانه يشهد على أبيه للطالب بالزام المال واذا ادعى رجل على رجل انه كفيل له بنفس رجل وبألف درهم له عليه ان لم يواف به غدا وشهد له بذلك شاهدان وشهدا أن المكفول به أمر الكفيل بذلك والكفيل والمكفول به ينكران

المال والا مرفقضى القاضى بتلك الشهادة على الكفيل ولم يواف به فأخذ المال وأداه رجع
 به على المكفول به عندنا وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه أقر عند القاضى أنه أمره بالكفالة
 عنه بشئ واقاراره حجة عليه ولانه بزعمه مظلوم فيأخذ منه المال وليس للمظلوم أن يظلم
 غيره ولكننا نقول القاضى أ كذبه فى اقراره وزعمه حين ألزمه المال بشهادة الشهود والمقرمى
 صار مكذبا فى اقراره حكما سقط اعتبار اقراره كالمشتري اذا كان أقر بالملك لبائعه فاستحق
 المبيع من يده بالبيننة رجع على بائنه بالثمن ولم يعتبر اقراره بذلك ولو أقر الكفيل بالكفالة
 بالنفس والمال وقال لم يأمرنى بذلك فقضى عليه القاضى بذلك ثم جاء الكفيل بالبيننة أن
 المكفول عنه أمره بالكفالة لم تقبل بينته على ذلك لانه مناقض فى دعواه حين أقر انه لم
 يأمره بذلك والمناقض لا يقبل بينة على خصمه ولان القاضى انما قضى عليه بالكفالة بالمال
 باقراره على نفسه بذلك واقاراره ليس بحجة على الاصيل بخلاف الاول فالقضاء هناك كان
 بحجة البينة وقد قامت على الكفيل والاصيل جميعا واذا كفل بنفسه بأمره فان لم يواف به غدا
 فعليه المال ولو ادعى الكفيل انه وافى به لم يصدق الا بينة لانه ادعى مانعا أو مسقطا بعد
 ما ظهر سبب وجوب المال عليه وهو الكفالة فان أقام البينة على ذلك برئ من الكفالة
 بالنفس والمال جميعا لان الثابت بالبيننة كالثابت بالمعينة ويستوى ان شهدا على الموافاة أو
 على اقرار الطالب بذلك فان اختلفا فى مكان اقراره أو وقته جازت الشهادة لان الاقرار
 قول يكرر وان شهد أحدهما انه دفعه اليه غدوة بمحضر منه بغير اقراره وشهد الآخر انه
 دفعه اليه عشية بمحضر منه بغير اقراره والمدعى يدعى أحدهما أو كلاهما وقال دفعته اليه غدوة
 أو عشية لم تجز شهادتهما لاختلافهما فى المشهود به فان الفعل الموجود فى مكان أو زمان غير
 الفعل الموجود فى مكان أو زمان آخر ولو أقر الكفيل انه لم يدفع الرجل اليه وأن المال
 قد لزمه والشهود شهدوا ببائنه فقد اتفقت شهادتهما فالمال لازم للكفيل لا كذابه الشاهدين
 فيما شهدا به نه ولا يرجع به اذا أداه على المكفول عنه لانه قد أقر به فلزمه ذلك باقراره
 بعد ما ظهرت حجة براءته واقاراره ليس بحجة على الاصيل واذا كفل رجل بنفسه رجل فان
 لم يواف به غدا فعليه المال نشهد عليه شاهد بذلك معينة وآخر باقراره والكفيل يجهل ذلك
 لزمه ذلك لان الكفالة قول وصيغة الاقرار والانشاء فيه واحدة وفى مثله اختلاف الشاهدين
 فى الاقرار والانشاء لا يضر كالبائع وان شهدا على رجل أنه كفل لرجل بألف درهم عن

فلان واختلفا في اللفظ فقال أحدهما كفل بها وقال الآخر ضمنها أو قال أحدهما هي لي وقال
الآخر هي علي فالشهادة جائزة لاتفاقهما فيما هو المقصود وهو الكفالة والالفاظ قوال المعاني
فعند اتفاقهما على العقد المشهود به لا يضرهما اختلاف العبارة كما لو شهد أحدهما بالهبة والآخر
بالنحلة وان قال أحدهما احتال بها عليه وقال الآخر ضمنها له على أن ابرأ الاول أو لم يذكر
البراءة وادعى الطالب الضمان أو الحوالة والبراءة فانه يأخذ المحتل عليه بالمال لاتفاق الشاهدين
على الحوالة وان اختلفا في العبارة أو لاتفاقهما على التزام المشهود عليه للمال كما اذا شهد أحدهما
بالضمان ولم يذكر البراءة وهذا لان في الحوالة ضمانا وزيادة فيقضى بما اتفقا عليه والاصيل
بريء بانرار الطالب لا بشهادة أحد الشاهدين بالحوالة ولو ادعى الطالب الضمان بغير براءة
وقال لم أحل عليه فانه يأخذ أيهما شاء بالمال لاتفاق الشاهدين على مقدار الالتزام بالضمان
والطالب ما أ كذب الذي شهد له بالحوالة في شهادته له وانما أ كذبه في شهادته عليه وهو
براءة الاصيل وذلك لا يمنع قبول الشهادة كما لو شهد له بالمال وشهد أحدهما أنه استوفاه
أو أنه ابرأ المطلوب منه قال (ألا ترى) انه لو شهد شاهدان انه كفل له بالمال على أن
ابرأ الاول والطالب يقول لم ابرأ الاول والكفيل يجحد الكفالة قضيت للطالب بالكفالة
وابرأت الاصيل اذا كان هو يدعي شهادتهما على البراءة وبهذا يتبين أنهما في الشهادة على
البراءة يشهدان على الطالب لاله وكذلك لو شهدا بالحوالة وقال الطالب انما كفل لي فهو
ما أ كذبهما فيما شهدا له من ضمان المال ولو شهد رجلان على رجل أنه كفل بألف درهم لرجل
فقال أحدهما الى سنة وقال الآخر حالة وادعى الطالب حالة وجحد الكفيل أو أقر وادعى
الأجل فالمال عليه في الوجهين من قبل أن الطالب لم يكذب شاهده فيما شهد له به وانما
أ كذبه فيما شهد به عليه والشاهد بالاجل للكفيل واحد وقد بينا فيما سبق أن زفر رحمه الله
يخالفنا في جميع هذه الفصول وانه لا يفصل بين الا كذاب فيما شهد به له أو عليه ولو ادعى رجل
قبل رجلين كفالة بألف درهم وكل واحد منهما كفيل ضامن بها وشهد له شاهدان فشهد
أحدهما بذلك عليهما وشهد الآخر على أحدهما فان الطالب يأخذ الذي اجتمعا عليه بالألف
لان كل واحد منهما بحكم هذه الكفالة مطالب بجميع المال وقد تمت الحجة على أحدهما ولو
شهد شاهد عليهما وشهد آخر على أحدهما وشهد الآخر على الآخر كان للطالب أن يأخذهما
جميعا بالمال لان الحجة قد تمت في حق كل واحد منهما في حق أحدهما لشهادة الاولين

وفي حق الآخر بشهادة الآخر أخذ الاولين مع الثالث وان شهد اثنان على أحدهما انه كفل له هو وفلان عن فلان بألف درهم على أن يأخذ أيهما شاء وشهد له الآخران على كفيل الآخر بمثل ذلك كان له أن يأخذ أيهما شاء بجميع المال لان الحجة قد تمت في حق كل واحد منهما بالتزامه جميع المال ولو شهد له شاهدان بالمال حالا على الاول وشهد له آخران على الآخر بالمال الى أجل على مثل شهادة الاول كان جائزا وأخذ الطالب صاحب الاجل بالمال الى أجله والآخر بالمال حالا اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت بالمعينة وكذلك ان اختلف الفريقان في مبلغ المال أخذ الطالب أيهما شاء بما شهد به الشاهدان عليه اعتبارا بما لو أقر كل واحد منهما بذلك القدر واذا ادعى رجل كفالة ألف درهم له على رجل قد سماه فشهد شاهدان انه كفل له بألف درهم عن رجل وقالوا رأيتاه ولم نعرفه أو لم نره ولكن الكفيل أشهدنا على ذلك فالمال لازم للكفيل لانهما يشهدان على قوله فهو بمنزلة شهادتهما على اقراره والمشهود له معلوم اذا أدى الكفيل المال لم يرجع على المكفول عنه الا أن يشهد له شاهدان انه أمره بذلك وان أراد الطالب أن يأخذ الاصيل دون الكفيل لم يكن له ذلك اذا جحد لان البينة الاولى ليست بحجة على الاصيل حين لم يعرفه الشهود أو لم يروه واذا ادعى الرجل على الرجل ألف درهم أحال بها فلان الغائب وأقام البينة فأدى اليه المحتال عليه رجع بها على المحيل ولم يكلف إعادة البينة عليه لان المحتال عليه التزم بالحالة بالمال الذي هو على الاصيل وانما يتحول الى ذمته ما كان في ذمة الاصيل عني أن يكون هو خلفا عن الاصيل ولهذا لو مات مفلسا عاد المال الى الاصيل فانتصب هو خصما عنه ومن ضرورة القضاء عليه بالحالة بالامر القضاء بالمال على المحتال عليه ولو كان الطالب غائبا فأقام المحتال عليه البينة على الاصيل أنه كان لفلان عليك ألف درهم وأحلتها بها علي وأديتها اليه قضيت بها له عليه وهو قضاء على الطالب بالاستيفاء لانه ادعى لنفسه المال على الاصيل ولا يتوصل الى ذلك الا بآبآت الاداء الى الطالب ولا يتوصل الاصيل الى دفع ذلك عن نفسه الا بانكار قبض الطالب بالاستيفاء فلا يلتفت الى جحوده بعد ذلك اذا حضرو الكفالة في هذا قياس الحوالة ولو ادعى رجل على رجل كفالة بنفس أو مال أو حوالة ولا بينة له استخلف المدعى عليه فان نكل عن اليمين لزمه ذلك وان حلف برى ورجع المدعى على صاحب الاصيل بالمال وهذا ظاهر في الكفالة فان الكفالة لا توجب سقوط مطالبة الطالب عن الاصيل وكذلك في الحوالة لان

الاصيل انما يبرأ اذا ثبتت الحوالة ولم تثبت حين حلف المحتال عليه ولانه حين جحد وحلف قد
 تحقق التوى وذلك يوجب عود المال الى الاصيل كما لو مات المحتال عليه مفلسا فان نكل عن
 اليمين وأدى المال رجع على الاصيل ان كان مقرا أو قامت بينة عليه بالامر وجحد المحتال
 عليه لا يبطل تلك الحوالة لانه صار مكذبا في ذلك حين قضى القاضي به عليه ولم يجعل نكوله
 هنا بمنزلة اقراره بل جملة بمنزلة البينة لانه مضطر الى هذا النكول وانما لحقته هذه الضرورة
 في عمل باشره لغيره فهو نظير الوكيل بالبيع اذا نكل عن اليمين في دعوى العيب فرد عليه كان
 ذلك ردا على الموكل ولو كان قضى بالمال على الكفيل أو المحتال عليه ببينة قامت عليه بذلك
 وان فلانا أمره به فأدى المال وصاحب الاصل جاحد للامر فانه يرجع عليه بالمال لانه صار
 مكذبا شرعا بالبينة التي قامت عليه بذلك ولو كان قضى عليه بالمال بنكوله عن اليمين وأداه فله
 أن يستحلف الاصيل بالله ما أمر بذلك لما بينا انه مضطر الى النكول الا أن نكوله ليس
 بحجة على الاصيل في الأمر فيحلفه على ذلك ولو ادعى قبل رجل كفالة بنفس أو مال فقال
 الكفيل لم أكفل له بشيء وقد أبرأني من هذه الدعوى فاستحلفه ما أبرأني وقال الطالب بل
 استحلفه ما كفل به لي فاني استحلفه بالله ماله قبله ذلك لان القاضي انما يشتغل بالاستحلاف
 على ما هو المقصود وهو قيام الكفالة بينهما في الحال فيحلف على ذلك فان حلف برىء وان
 نكل لزمته الكفالة ولم يستحلف الطالب بالله ما أبرأه لان الكفيل يدعى عليه البراءة فيحلف
 على ذلك لحقه فان نكل عن اليمين برىء الكفيل من كفالاته كما لو أقر ببراءته وان ادعى
 الكفيل بالنفس انه دفعه الى وكيل الطالب حلف الطالب على علمه لانه استحلف على فعل
 الغير بخلاف ما اذا ادعى الدفع اليه فانه استحلف على فعل نفسه فيكون على البتات ولو ادعى
 رجل قبل رجل كفالة فقال أخذك غلامى حتى كفنت لي بفلان وجحد الكفيل ذلك فانه
 يحلف على ذلك لانه لو أقر به لزمه تسليم النفس اليه ان كانت الكفالة له بحضرة غلامه دونه
 فان أنكر يستحلف عليه لوجاء النكول واذا طالب مدعي الكفالة بنفس أو مال ان يحلف
 الكفيل بالله ما كفل لم يحلف كذلك ولكنه يحلف بالله ماله قبله هذه الكفالة لان الانسان
 قد يكفل لغيره ثم يبرأ من كفالاته بسبب فلو حلفه القاضي ما كفل يضر به لانه لا يمكنه أن
 يحلف وان كان هو محقا في انكاره الكفالة في الحال والقاضي أمره بالنظر للخصمين فلهذا
 يحلفه بالله ماله قبله هذه الكفالة وكذلك هذا في كل دين ومال رديء وعارية وشراء واجارة

فانه لا يحلف ما اشترت ولا استودعك ولا أعارك ولا استأجرت منه ولكن يحلف بالله
سأله قبلك ما ادعي به وعن أبي يوسف رحمه الله أنه قال هذا اذا عرض المدعي عليه فقال أيها
القاضي قد يكفل الانسان ثم يبرأ منه فلا يلزمه شيء فأما اذا لم يشتغل بهذا التعريض فانه يحلف
بالله ما كفتل لانه انما يستحلف على جحوده وقد جحد الكفالة أصلا فيحلف على ذلك فاذا
عرض فقد طلب من القاضي أن ينظر له فعلى القاضي اجابته الى ذلك وان لم يعرض فهو الذى
لم ينظر لنفسه فلا ينظر القاضي له ولكنه يحنقه على جحوده وفي ظاهر الرواية قال هذا
التعريض لا يهتدى اليه كل خصم وعلى القاضي أن يصون قضاء نفسه عن الجور ونفسه عن
الظلم فيحلفه على ما ينظر عرض الخصم أو لم يعرض ولو قال الكفيل للقاضي حلف الطالب ان
له قبلى هذه الكفالة فاني أرد عليه اليمين فانه لم يرد عليه اليمين لان الشرع جعل اليمين على المنكر
فاذا رددت اليمين على المدعي فقد خالفت الاثر وقد ينال هذا في الدعوى ولو جاء الطالب
بشاهديه على قوله فقال المطلوب استحلفه بالله لقد شهدت شهوده على حق لم أستحلفه على ذلك
لان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل البينة على المدعي فاذا جعلت عليه مع البينة يمينا فقد
جعت ما لم يجعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك ممتنع والله أعلم بالصواب

باب كفالة الرجلين على شرط لزوم المال بترك الموافاة

(قال رحمه الله) واذا كفل رجل لرجلين بنفس رجل فان لم يواف به ادى ما ادعياه عليه
فعليه ما لهما عليه وسعى لكل انسان منهما الذى له عليه وهو مختلف فهو جائز لانه نجز الكفالة
بالنفس لكل واحد منهما وعاقب الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة اذا ادعياه وذلك صحيح في
حق كل واحد منهما عند الانفراد في حقه فان دعاه أحدهما ولم يواف به لزمه ماله عليه
لوجود الشرط في حقه ولم يلزمه ما لا آخر حتى يدعوه به وبهذا يتبين أن هذا في المعنى
ليس بتعليق للكفالة بالمال بالشرط ولكنه بمنزلة الكفيل بالمال بشرط ابرائه من مال كل
واحد منهما موافاته به اذا ادعياه لانه لو كان هذا تعليقا بالشرط لم يجب شيء من المال بوجود
بعض الشرط واذا دعاه أحدهما فلم يواف به فالوجود ببعض الشرط وقال يلزمه المال
عرفنا انه انما يلزمه لان الموافاة كانت مبرئة له ولم توجد ولو بدأ بالمال فضمنه لكل واحد
منهما وقال ان وافيتكما بنفسه اذا دعوتما نى به فأنا برىء من المال فهو مثل الاول وتقديم

المال في هذا وتأخير سواه لانه وان آخر الكفالة بالمال في لفظه فهو في المعنى مقدم وانما هو شرط البراءة عند الموافقة بنفسه اذا دعيه به ولكل واحد منهما أن يأخذ بكفالاته دون الآخر لانه في المعنى كفيل لكل واحد منهما على حدته ويلزمه ذلك دون الآخر وان جمع بينهما في العقد لفظ بمنزلة مالو أقر لهما بمال فلكل واحد منهما أن يأخذ حصته دون الآخر ولو كان الطالب رجلين متفارضين لهما على رجل ألف درهم فكفل لهما رجل بنفس المطلوب فان وافاهما به غدا فهو برئ من المال فواى به أحدهما ودفعه اليه فهو برئ من كفالاته بالنفس والمال لهما جميعا لان المتفارضين كشخص واحد ما بقيت المفاوضة بينهما وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في استيفاء ما وجب لصاحبه كما هو قائم مقام صاحبه في كونه مطالبا بما على صاحبه ولو كانا شريكين شركة عنان برئ من حصصة الذي وافاه به ولم يبرأ من الكفالة الآخر لانه فيما هو واجب لصاحبه بمنزلة الاجنبي في الاستيفاء حتى لا يكون له أن يطالب الغريم به فكذلك لا يبرأ عن كفالة صاحبه بموافاته به ولو كفل رجلان بنفس رجل على أن يوافيا به غدا فان لم يفعلا فالمال عليهما فواى به أحدهما عنه وعن صاحبه ولم يحضر الآخر فهما برئان لانهما التزما التسليم بعقد واحد ولو التزما مالا فأداه أحدهما برئانه جميعا فكذلك الكفالة بالنفس ولو مات أحدهما ثم مضى الاجل ولم يوافيا به لزم الحي منهما نصف المال وفي تركة الميت نصف المال لوجود الشرط وهو عدم الموافقة به ولو كان واى به بعض ورثة الميت قبل الاجل برئانهما لان الوارث قائم مقام المورث في التسليم ولو كان كفل به كل واحد منهما على حدة فاشتراط الطالب على كل واحد منهما انه ان لم يواف به الى وقت كذا فعليه المال فواى به أحدهما فدفعه فانه يبرأ من كفالاته ولا يبرأ الآخر لان الكفالة هنا مختلفة وكل واحد منهما أجنبي عن عقد صاحبه الا أن يقول الذي جاء به دفعته عن نفسي وعن صاحبي وقبله الطالب على ذلك بمنزلة مالو جاء به أجنبي آخر فدفعه عنهما جميعا وقبله الطالب ولو دفع المكفول به نفسه الى الطالب عنهما جميعا كانا بريئين سواء قبله الطالب أو لم يقبله بمنزلة مالو دفعاه اليه لانه أصيل في هذا التسليم غير متبرع به بخلاف الاجنبي والله أعلم بالصواب

باب الكفالة بالاعيان

(قال رحمه الله) واذا ادعى عبدا في يدي رجل فلم يقدمه الى القاضي وأخذ منه كفيلا بنفسه

وبالعبد فوات العبد في يدي المطلوب وأقام المدعي البيعة أن العبد عنده فإن القاضي يقضي له بقيمة العبد على المطلوب وإن شاء على الكفيل لانه ثبت بالبيعة أن العبد كان مقصوبا والكفالة بالعين المقصوبة توجب على الكفيل رد القيمة عند تعذر رد العين كما أنها واجبة على الاصيل وإن لم يقيم البيعة ولكن المطلوب نكل عن اليمين فقضى عليه القاضي بالعبد فوات العبد قبل أن يقبضه فانه يقضى له بقيمته على الاصيل دون الكفيل لان نكوله كإقراره أو كبذله فلا يكون حجة على الكفيل إلا أن يقر الكفيل بمثل ذلك أو يأتي اليمين فيلزمه مثل ما يلزم المطلوب ولو غصب رجل عبدا فضمنه رجل لصاحبه فهو ضامن له حتى يأتي به فان هلك فعليه قيمته لانه التزم المطالبة بما على الاصيل والقول قول الكفيل في قيمته لانكاره الزيادة كالاصيل فان أقر الغاصب بأكثر من ذلك لزمه الفضل بإقراره ولا يصدق على الكفيل ولو اشترى رجل جارية من رجل فقبضها وجاء آخر فادعاها وأخذها كغيبلا وأقام البيعة أنها جاريته فقضى له بها فقال المطلوب قد ماتت أو أبتت وقال الطالب كذبت فاني أحبس الكفيل حتى يأتي بها كما أحبس فلانا الاصيل حتى يثبت إبقاها فان طال ذلك يعني مدة الحبس ضمنهما قيمتها مراعاة لحق الطالب اذا طلب وإن قال هي بمائة درهم وحلفا عليها وقال الطالب ألف درهم ضمنهما مائة درهم لان الزيادة انتفت أن تكون قيمتها ما لم يقيم البيعة بها ويأخذها أيًا شاء فاذا ظهرت الجارية بعد ذلك فهو بالخيار إن شاء أخذ الجارية ورد القيمة وإن شاء سلم الجارية وسلمت المائة له وقد بينا هذا في كتاب الغصب قال ولا يسمع الغاصب أن يطأها ما كان للمغصوب منه فيها خيار لان المغصوب منه يملك الجارية من الغاصب بالقيمة فيكون بمنزلة تملكها بالبيع وما بقي له الخيار يعني للبائع فليس للمشتري أن يطأها فهذا مثله ولو كانوا تصادقوا على القيمة أو قامت لهما بيعة أو نكلا عن اليمين فأخذها المغصوب منه ثم ظهرت الجارية لم يكن للمغصوب منه عليها سبيل لان قبضه القيمة رضا منه بخروجها عن ملكه فان البذل والمبدل لا يجتمعان في ملك وكان للغاصب أن يطأها بعد أن يستبرئها بحیضة لتمام التملك فيها وإذا كان عبد في يدي رجل فادعاه رجل وأخذ منه كغيبلا به ووكل في خصومته ولم يغب المطلوب وغيب العبد فان الكفيل يحبس حتى يمجي به بعينه لانه التزم بالكفالة احضاره وكذلك لو ظهر المطلوب وغيب العبد حبس حتى يأتي به لانه في تعييبه قاصدا الاضرار بالمدعي فانه لا يتمكن من اقامة البيعة على استحقاق العين الا بمحض منه فان قال

المدعى أنا آتى بالبينة انه عبدى قبل ذلك منه ليستحق به العين ان قدر عليه والقيمة ان لم
 يقدر على العبد فان شهد شاهداه انه العبد الذى ضمن هذا به وسماه وجلاه عند فلان قضيت
 له بالعبد على الكفيل فان آتى به والا قضيت له بقيمته بعد أن يحلف المدعى بالله ما خرج من ملكه
 بوجه من الوجوه قيل انما يحلف على هذا عند طلب الكفيل وقيل بل يحلف عليه وان لم
 يطلب الكفيل على وجه النظر من القاضى للغائب والصيانة لقضائه وان شهد شاهداه أن العبد
 الذى يقال له فلان الفلانى وجلاه لفلان لم أقبل ذلك لان الاسم يوافق الجلية فلا يثبت
 بهذه البينة انه ضامن للعبد المشهود به انه ملك للمدعى ولكن الكفيل يحبس حتى يأتى به
 لانه التزم احضاره بالكفالة قبل هذه البينة فان مات الكفيل أخذ به المدعى عليه ان ظهر
 العبد حتى يأتى به بعد أن يوافق جلية العبد الذى ظهر بشهادة الشهود ليتكمن المدعى من
 اثبات ما ملكه بالبينة فان لم يأت المولى بالعبد جليت عنه لان المولى ماضى شيئا ولم يثبت عليه
 شيء بالبينة التي قامت على الاسم والجلية وليس المولى فى هذا كالكفيل لان الكفيل التزم
 الاحضار بكفالاته فلا بد من أن يأتى به والمولى لم يضمن شيئا فلا يحبس القاضى ولا يلزمه
 شيئا من غير حجة واذا كان العبد فى يد رجل فادعاه آخر وكفل به رجلا فأقام المدعى البينة
 أنه عبده حبس الكفيلان حتى يدفعاه اليه وان لم يكن له بيعة أخذ الكفيلان باحضار ما التزما
 احضاره بالكفالة فان قالوا قد مات العبد أو أبق وأقاما على ذلك بيعة فأتى أخرجهما من
 السجن لاهما حبسا لاحضاره وقد ثبت بهذه البينة عجزهما عن احضاره ولكن لأبرئهما من
 الكفالة لان تلك الكفالة هما ضامنان للقيمة اذا ثبت ملك الطالب فى العبد بالحجة وادعى
 الطالب بشهوده أن العبد عبده فان أقام على ذلك بيعة أخذ كل واحد من الكفيلين بنصف
 القيمة وان لم يكن له بيعة فلا ضمان على الكفيلين لان الحق لم يثبت على الكفيل ويؤجل
 الكفيلان فى الابق أجلا حتى يأتياه وقد بينا هذا الحكم فى الكفالة بالنفس اذا غاب الاصيل
 عن البلدة واذا ادعى الرجل فى يدي الرجل أرضا أو حماما أو بستانا وقال يبنى حاضرة أخذ
 له منه كفيل بالمدعى به لان العقار لا يغيب ولا يحرك ولا يحول ولانه لا حاجة الى احضاره
 مجلس الحكم لتقع الاشارة اليه فى الدعوى والشهادة ولو استودع رجل رجلا عبدا فجده
 ذلك وأخذ منه كفيل بنفسه وبالعبد فمات العبد وأقام رب العبد البينة أنه استودعه وقال لا يدري
 ما كانت قيمته يوم كفل به الكفيل فالمدعى ضامن لقيمته يوم استودعه على ما شهدت

الشهود لانه ثبت وصوله الى يده وعلى هذه القيمة والجحود موجب عليه ضمان تلك القيمة باعتبار تلك اليد ولا يضمن الكفيل من قيمته الا ما يقر به بعد أن يحلف لان الكفيل انما يضمن بعقد الكفالة لا اعتبار يد المستودع ولم يثبت بالينة مقدار قيمته عند الكفالة ولكن ما عرف ثبوته فالاصل بقاؤه وهذا نوع من الظاهر يصلح حجة لدفع الاستحقاق لا لاثبات الاستحقاق فهذا لا يضمن الكفيل من قيمته الا ما يقر به بعد أن يحلف ولو كان العبد يوم اختصموا فيه أعمى وجعده المستودع فشهد الشهود انه استودعه وهو صحيح يساوى ألفا فكفل به الكفيل وهو أعمى فرفعه الى القاضي وهو كذلك ثم مات في يد المستودع وزكى شهوده فالمستودع ضامن قيمته أعمى على الحال الذي جحد فيها وكذلك الكفيل لان المستودع انما يصير ضامنا عند الجحود وقد علم القاضي تغيره عن المينة التي شهدت بها الشهود فلا تعتبر تلك القيمة في القضاء عليه بخلاف الاول (الأثرى) انه لو علم هلاكه قبل الجحود لم يضمنه شيئا ولو لم يعلم بذلك ضمنه قيمته فكذلك اذا علم فوات جزء منه وكذلك لو لم يعلم ولكن السوق اتضعت وجعده يوم جعده وهو يساوى خمسمائة وعلم ذلك القاضي لم يضمنه الا قيمته خمسمائة ولو لم يعلم ذلك ضمن المستودع ألف درهم كما شهد به الشهود ولم يقبل منه بينة على اتضاع السوق لان المقصود بهذه البينة النفي واليينات للاثبات لا للنفي (الأثرى) انه بعد ما جحد لو قال قد مات العبد لم ألتفت الى قوله ولم أقبل منه بينة عليه لان المقصود بهذه البينة نفي الضمان عنه الا أن يعلم القاضي انه مات قبل جحوده أو يقر الخصم به ولو استعار دابة من رجل الى مكان معلوم فجاوز ذلك المكان ضمنها ولو أعطاه كفيلا بها جاز لانه صار غاصبا ضامنا بالمجاوزة وكذلك المستودع اذا جار في بعض الوديمة جازت الكفالة بقدر ما جار فيها لانها أمانة في يد المودع ولو اشترى عبدا من رجل ونقده الثمن وأخذ منه كفيلا بالعبد حتى يدفعه اليه فمات العبد لم يكن على الكفيل شيء لان العقد قد انفسخ بموته قبل القبض وبرئ الاصيل عن تسليم عينه فكذلك الكفيل والكفيل ما ضمن الثمن فلا يطالب بشيء منه وكذلك لو كان ضمن الدرك في العبد لان الهلاك قبل التسليم ليس يدرك وانما الدرك للاستحقاق ولو قبضه ثم وجد به عيبا فرده لم يكن على الكفيل شيء لان العيب ليس يدرك ولو لم يجد به عيبا ولكن استحق بصفة فرد المشتري النصف الباقي لم يضمن الكفيل الا ثمن النصف المستحق لان الدرك تحقق في ذلك النصف الآخر فانما رده المشتري

بعب التبعيض وذلك ليس بدرك واذا كفّل رجل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك عند المرتهن لم يكن على الكفيل شيء لان دين الرهن أمانة في يد المرتهن والزيادة على مقدار الدين من مالية الرهن أمانة فلا يضمن الكفيل شيئا من ذلك بالكفالة ولو كان ضمن لصاحب الدين ما نقص الرهن من دينه وكان الرهن قيمته تسعمائة والدين ألفا ضمن الكفيل مائة درهم لانه اتزم بالكفالة دينا مضى ونا في ذمة الاصيل ولو أن جارية بين رجلين أخذها أحدهما بغير أمر صاحبه فكفّل رجل لصاحبه بنصيبه منها جاز لان الآخذ غاصب ضامن لنصيب شريكه ولو كان أخذها برضاه لم يجز لان نصيبه أمانة في يد القابض ولو استعار الرهن من المرتهن على أن أعطاه كفيلا به فهلك عند الراهن كان خارجا من الرهن لان ضمان الاستيفاء باعتبار يد المرتهن ولم يبق بعد ما استعاره الراهن ولم يلزم الكفيل شيء لانه لا ضمان للمرتهن على الاصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل أيضا شيئا ولو كان أخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل وأخذ به لان الراهن ضامن مالية العين هنا (ألا ترى) انه لو هلك في يده يضمن قيمته للمرتهن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب ولو استقرض من رجل مالا على أن يعطيه فلانا عنده رهنا وكفّل له بذلك الرهن كفيل فلا ضمان على الكفيل لان الرهن لا يكون الا بالقبض فقبل القبض ليس هنا شيء مضمون على الاصيل لتصح الكفالة به ولو أجر عبدا أو دابة وعجل الاجر ولم يقبض العبد ولا الدابة وكفّل له كفيل بذلك حتى يدفعه اليه فالكفيل يؤخذ به ما دام حيا لان التسليم مستحق على الاصيل وهو مما تجرى فيه النيابة فتصح الكفالة به فان هلك ما استأجره لم يكن على الكفيل شيء لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل من أن يكون مطالبا بتسليم العين وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفّل بالاجر ولو أوصى لرجل بأمة وهي حبلى ولا آخر بما في بطنها وهي تخرج من الثلث فأخذ صاحب الحبل من صاحب الامة كفيلا بما في بطنها لم يجز لان ما في البطن غير مضمون على صاحب الامة وكذلك لو دفع الامة الى صاحب الولد تكون عنده على أن أعطاه بها كفيلا لم تجز لانه أمين فيها حين قبضها باذن صاحبها ولو أخذها بغير أمره وأعطاه بها كفيلا جاز لانه غاصب لها ضامن ولو أخذ صاحب الامة بغير رضا صاحب الولد وأعطاه كفيلا بالولد لم يجز لانه يأخذ الأم لا يصير غاصبا ضمانا لما في بطنها ولو أوصى لرجل بخادم ولا آخر بخدمتها فانها تكون عند صاحب الخدمة فان أخذ منه صاحب الرقبة كفيلا بها

وقد أخذها صاحب الخدمة بأذنه لم يكن على الكفيل شيء لأنه أخذها بحق مستحق له تبرعا فلا يكون ذلك الاخذ موجبا عليه ضمانا فلا يلزم الكفيل ذلك بالكفالة ولو أخذها صاحب الرقبة بغير اذن صاحب الخدمة ثم أعطاه كفيلا بها حتى يسلمها اليه أخذ بها الكفيل لان تسليم العين الى صاحب الخدمة مستحق على صاحب الرقبة هنا وهو مما تجري فيه النيابة فيصح التزامه بالكفالة فان مات برئ الكفيل لان حق صاحب الخدمة بطل بموته واستقطت المطالبة عن صاحب الرقبة بالتسليم وكذلك لو كانت الوصية بالغلة مكان الخدمة ولو أن رجلا باع من رجل عينا فادعى رجل فيه دعوى فأراد المشتري أن يأخذ من البائع كفيلا بنفسه أو بما أدركه في ذلك لم يكن له ذلك لان بمجرد الدعوى على المشتري لا يستحق المدعى على البائع شيئا فلا يجبر على اعطاء الكفيل ولكنه لو أعطاه كفيلا بما أدركه في ذلك جاز بمنزلة ما لو أعطاه ذلك عند الشراء أو بعده قبل دعوى المدعى ولو ادعى ذى قبل ذى خرا أو خنزيرا بعينه فأخذ منه به كفيلا من أهل الذمة جاز وان كفل به مسلم لم يجوز لان الحر والخنزير ليسا بمال متقوم في حق المسلم فلا يصح منه التزام تسليمه بالكفالة كما لا يصح في سائر العقود وان هلك ذلك عنده ثم ضمنه المسلم له ثم أقام المدعى على ذلك شهودا مسلمين ضمن قيمة الخنزير ولم يضمن الحر لان الخنزير مضمون بالقيمة عند الهلاك وقيمته دراهم أو دنائير فتصح الكفالة بها من المسلم وأما الحر فانها مضمونة بالمثل فلا تصح الكفالة بها من المسلم كما لا تصح الكفالة بالعين حال قيامها ولو قبل من رجل بناء دار معلوم أو كرا ب أرض معلوم أو كرى نهر معلوم فأعطاه بها كفيلا كان جائزا لان هذا عمل مستحق على الاصيل مضمون بالعقد وهو مما تجرى النيابة في ايفائه وكذلك لو اكره ابلًا الى مكة فأعطاه كفيلا بذلك جاز لان تسليمها مستحق على الاصيل ولو كانت الابل بأعيانها فأعطاه كفيلا بها كان جائزا مادامت قائمة بأعيانها لان الاصيل مطالب بتسليمها بالعقد فاذا هلكت فقد انفسخ العقد وبرئ الاصيل عن التسليم فلا ضمان على الكفيل فلو أعطاه كفيلا بالحمولة لم يجوز فيما كان بعينه لانه لا تجرى النيابة فيه فان ابل الكفيل لا تقوم مقام تلك الحمولة المعينة في ايفاء العقود عليه وجاز فيما كان بغير عينه لانه مستحق على الاصيل بالعقد وهو مما تجرى فيه النيابة بايفائه واما يلتزم الكفيل تسليما ما يقدر على تسليمه واذا كتب ذكر حق على رجل وكتب فيه وكل واحد منهما ضامن له وأيهما شاء فلان أخذه بهذا المال ان شاء أخذهما

جميعا وان شاء شتى كيف شاء وكلما شاء حتى يستوفي منهما هذا المال وانما يكتب ذلك احتياطا لصاحب الحق من اختلاف القضاة فان المذهب عندنا انه اذا كفّل بمال فلا طالب أن يأخذ أيهما شاء بجميع المال كيف شاء وكلما شاء وقال ابن أبي ليلى رحمه الله برئ الاصيل والمال على الكفيل الا أن يشترط على كل واحد منهما كفيل عن صاحبه أجزته وأيها أجاز أبرأت الآخر الا أن يشترط أن يأخذها جميعا أو شتى فأدخلا في الصك جميعا أو شتى لذلك وقال شريك بن عبد الله رحمه الله ان أدخلا جميعا أو شتى أجزته فان اختار أحدهما لم يكن له أن يأخذ الآخر الا أن يفلس هذا أو يموت ولا يترك شيئا فأدخلا في الصك كيف شاء وكلما شاء حتى يكون له الاختيار كل مرة وهذا لان الكتاب للتوثق فينبغي لكل من يكتب الكتاب أن يحتاط لصاحبه بكل ما يقدر عليه من التوثق ويحتاط للتحرز عن اختلاف القضاة عملا بقوله تعالى وليؤد الذي ائتمن أمانته والله أعلم بالصواب

باب من الكفالة أيضا

(قال رحمه الله) واذا أقرض الرجل الرجل قرضا على أن يكفل به فلان كان جائزا حاضرا كان فلان أو غائبا ضمن أو لم يضمن وكذلك لو شرط أن يحيله به على فلان لان القرض لا يتعلق بالجائز من الشروط فلا يفسده الباطل بخلاف البيع فانه لو شرط فيه كفالة أو حوالة من مجهول أو معلوم غير حاضر لم يرض بذلك فالبيع فاسد لان الفاسد من الشروط مبطل للبيع فانه يتعلق بالجائز من الشروط فأما ضمان القرض فانه يثبت بالقبض شرعا ولا أثر للشروط فيه كضمان النصب والتزويج والخلع والصالح من دم عمد وجراحة فيها قصاص حالا أو مؤجلا وجناية الوديعة والعارية اذا ضمنها فشرط له في ذلك كفالة أو حوالة فهو بمنزلة القرض لان هذا كله لا يبطل بالشرط الفاسد وكذلك العتق على مال ولو قبل الكفيل الكفالة أو الحوالة في جميع ذلك جاز لانه دين لازم يطالب به الاصيل وتجري النيابة في إيفائه وبذل العتق بمال ليس كبذل الكتابة في حكم الكفالة لان ذلك ليس بدين قوى ومن الدليل على أن فساد شرط الكفالة لا يبطل هذه العقود ما قال في العتق لانه لا يرد ومعنى هذا أن الشرط الفاسد لا يمنع انعقاد العقد ولكن يستحق به الفسخ بعد انعقاد هذه العقود لا تحتل الفسخ بعد النمام فلا يؤثر فيها الشرط الفاسد ولو كان لرجل على رجل دين حال من ثمن

بيع أو قرض أو غصب فسأله أن يؤخره عنه نجوماً على أن يضمنه له فلان الغائب فصالحه على ذلك فقدم الكفيل فأبى أن يضمن فالصلح منتقض لأن الصلح على التنجيم في المال يستند تمام الرضا وهو ما رضى بذلك إلا بكفالة الكفيل فإذا أبى أن يكفل كان المال حالاً عليه كما كان وإن ضمن الكفيل بعد ما حضر جاز الصلح لتمام الرضا به ولا يشترط حضوره في مجلس الصلح لأنه ليس في هذا العقد من التملك شيء فلا فرق بين أن يتم الرضا به في المجلس وبعد المجلس بخلاف البيع فإنه مال بمال مبني على الضيق فإذا لم يحضر الكفيل في المجلس صار اشتراط كفالته شرطاً فاسداً والبيع يبطل بالشرط الفاسد وهذا لأن البيع لا يجوز أن يتوقف على القبول بعد المجلس فكذلك لا تتوقف صحته على قبول الكفالة المشروط فيه بعد المجلس ولو كان حاضراً فأبى أن يضمن لم يجز الصلح لانعدام تمام الرضا به وإن ضمن فهو جائز وإن اشترط في التأخير أنه إن أخره عن محله فالمال كله حال أو إن أخره نجماً عن محله عشرة أيام فالمال كله حال فهو جائز على ما اشترط لأنه ليس في هذا الصلح من معنى التملك شيء وهذا الشرط في الصلح متعارف ولو أعطاه كفيلاً على أن جعل له أجلاً معلوماً كان جائزاً في جميع الديون إلا القرض فإنه حال على الاصيل لأن القرض حق الاصيل كالعارية لا يلزم فيه الاجل وهو مؤجل على الكفيل لأن المال إنما يجب على الكفيل بمقدار الكفالة والدين الواجب بالعقد يقبل الاجل وإذا كفل المريض بمال ثم مات ولا دين عليه لزمه من ثلثه لأنه الكفالة تبرع وتبرعات المريض تصح من ثلثه إذا لم يكن عليه دين وإن أقر أنه كفل به في الصحة لزمه ذلك في جميع ماله إذا لم يكن لوارث ولا عن وارث لأن الكفالة في الصحة سبب لجوب الدين عليه وإقراره في المرض بسبب وجوب الدين مضافاً إلى حال الصحة يكون إقراراً بالدين وإقرار المريض للأجنبي بالدين صحيح وللوارث باطل وإن كان عن وارث فهذا قول من المريض فيه منفعة وارثه والمريض محجور عن مثله وإن كان عليه دين يحيط بماله لم يجز إقراره بذلك لأن دين الصحة متقدم على ما أقر به في المرض فسا بقى دين الصحة لم يعتبر إقراره بالدين في المرض وإذا كفل في الصحة بما أقر به فلان لفلان ولم يسمه ثم مرض وعليه دين يحيط بماله فأقر المكفول عنه أن لفلان عليه ألف درهم لزم المريض ذلك في جميع ماله لأن سبب وجوب المال قد تم منه في حال الصحة وهو الكفالة والدين الواجب عليه بذلك السبب بمنزلة دين الصحة وكذلك إن أقر بعد موته فإن المقر له يخلص غرماء الكفيل بذلك

لان أصله كان في الصحة وكان قد لزم على وجه لا يملك الرجوع عنه وباطاله وكذلك لو كفل
 بما ذاب لفلان على فلان أو بما صار له عليه وكذلك لو كان لوارث أو عن وارث أو لوارث
 عن وارث لانه كان في الصحة وهو بمنزلة ضمان الدرك فانه لو كفل في صحته بما أدركه من
 درك في دار اشتراها ثم استحققت الدار في مرض الكفيل أو بعد موته فان المشتري يضرب
 مع غرماء الكفيل الميت بالتمن لان أصل الدين كان في الصحة بخلاف الكفالة في المرض وان
 كفل في المرض وليس عليه دين ثم استدان ديناً يحيط بماله ثم مات فالكفالة باطلة لان ما لزمه
 في المرض من الدين بسبب معين بمنزلة دين الصحة وقد بينا أن الكفالة في المرض لا تصح
 اذا كان دين الصحة محيطاً بماله واذا كفل رجل لرجلين وقال قد كفلت لفلان بماله على فلان
 أو كفلت لفلان الآخر بماله على فلان فهذا باطل سواء كان المالان من جنس واحد أو من
 جنسين لان المكفول له والمكفول عنه مجهول فتكون الجهالة متفاحشة وقد بينا أن مثل هذه
 الجهالة تمنع الكفالة ولو كان الحق لرجل واحد على رجلين على كل واحد منهما ألف درهم
 قال كذات لك بمالك على فلان فهذا جائز سواء كان المالان من جنس واحد أو من جنسين
 لان الجهالة هنا يسيرة مستدركة وهي جهة المكفول عنه ومثل هذه الجهالة لا تؤثر في العقد
 المبني على التوسع وهذا لان الطالب معلوم فتوجه المطالبة من جهته على الكفيل وانما بقي
 الخيار في حق الكفيل في أن يؤدي أي المالين شاء ولو كفل عن واحد بأحد المالين جاز
 فهذا مثله بخلاف الاول فالمطالبة هناك لا توجه من المجهول على الكفيل والكفالة بالنفس في
 هذا مثل الكفالة بالمال وكذلك لو جمع بينهما فقال كفلت لك بنفس فلان فان لم أوفك به غدا
 فلي مالك عليه وهو المائة دينار أو بنفس فلان فان لم أوفك به غدا فلي مالك عليه وهو ألف
 درهم فلم يواف به غدا فهو ضامن لاحدهما أحد المالين أي ذلك شاء لان الطالب واحد
 معلوم وان دفع أحدهما في ذلك اليوم برئ من الكفالة كلها لان اشتغاله بدفع أحدهما اختيار
 منه لكفالاته فتبطل عنه كفالاته عن الآخر بهذا الاختيار وقد وجدت الموافقة في حق الذي
 احتار فيبرأ من كفالاته أيضاً ولو كان لرجلين لكل واحد منهما على رجل مال فقال رجل
 لأحدهما كفلت بنفس غريمك فلان فان لم أوفك به غدا فما لفلان على فلان فهو على جازت
 الكفالة بالنفس لانه كفل بها لمعلوم مطلقاً وبطلت الكفالة بالمال لانها مخاطرة فان الحق
 ليس للمكفول له بالنفس وما كان صحة الكفالة بالنفس باعتبار هذا المال لتثبت الكفالة بها

تبعاً للكفالة بالنفس فيكون هذا تعليق التزام المال بمحض الشرط وهو باطل كما لو علقه بدخول الدار وكذلك الرجل يقول للرجل كفلت لك بنفس فلان فان لم أوافك به غدا فأنا كفيل بنفس فلان لانسان آخر فالكفالة الثانية باطلة لانها ليست من توابع الكفالة الاولى فيكون تعليقاً لا التزام التسليم بمحض الشرط ولو كانت الكفالة عن واحد فقال كفلت لك بنفس فلان فان لم أوافك به غدا فما لفلان عليه وهو ألف على فرضي بذلك الآخر فالكفالة الاولى جائزة والنيابة باطلة لان صحة الكفالة بالنفس ما كانت باعتبار هذا المال فلا يمكن تصحيح الكفالة بالمال تبعاً للكفالة بالنفس ولو قال كفلت لك بنفس فلان أو فلان بماله عليه أو بنفسه فهذا باطل كله لجهالة المكفول له ولو قال كفلت لك بأحد غريمك هذين أو بأحد ماليك على هذين كان جائزاً لانه المكفول له والمطالبة تتوجه من جهته والخيار في تعيين ما التزمه الكفيل اليه واذا كفّل عن رجل بمال بأمره فرهنه المكفول عنه رهناً به وفاء فهو جائز لان بنفس الكفاله كما يجب المال للطالب على الكفيل وجب للكفيل على الاصيل وان كان مؤجلاً والرهن بالدين المؤجل صحيح فان هلك الرهن عند الكفيل صار مستوفياً دينه بهلاك الرهن فكانه استوفى حقيقة حتى اذا أدى الكفيل المال لم يرجع به وان أداه الاصيل الى الطالب رجع على الكفيل بمثله بمنزلة ما لو استوفاه منه حقيقة ولو كفّل عن رجل بألف درهم بأمره على أن يعطيه بها هذا العبد رهناً فوقت الكفالة بهذا بغير شرط من الكفيل على المكفول له ثم ان المكفول عنه أن يدفع اليه العبد فان العبد لا يكون رهناً لان الكفيل لم يقبضه والرهن لا يتم الا بالقبض ولا يجبر المكفول عنه على دفعه لان ذلك كان وعداً من جهته والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم والكفالة لازمة للكفيل لانه التزم المال للطالب بالكفالة المطلقة عند شرط بينهما فان كان الكفيل اشترط على الطالب فقال له أ كفل لك بهذا المال عن فلان على أن رهن به فلان هذا العبد فان لم يدفعه الى فأنا بريء من الكفالة فكفل له على هذا الشرط فهو جائز وان لم يدفع اليه الرهن بريء الكفيل من الكفالة والمال لانه لما رضى بالتزام المال بدون هذا الشرط والتزام المال بالكفالة يعتمد تمام الرضا ولانه شرط البراءة اذا لم يعطه الرهن والشرط أملاك وكذلك لو كفّل عنه بالمال على أن يعطيه بذلك المطلوب كفيلاً فوقت الكفالة للطالب على غير شرط ثم ان المكفول عنه أن يدفع الكفيل كفيلاً فان الكفالة على الكفيل جائزة وان كان الكفيل شرط على الطالب ان لم يعط كفيلاً بهذا المال فأنا بريء من كفالاتي فهو على

شرطه ان لم يعطه كفيلا برئ من الكفالة لان الكفالة بمنزلة الرهن وقد بينا في الرهن ان هذا الشرط مع الطالب يجب الوفاء به فكذلك في الكفالة وهذا لان مقصود الكفيل بكل واحد منهما التوثق والنظر لنفسه حتى لا يلحقه غرم وان كتب الكفيل على دار المكفول عنه شراء بالمال فهو جائز لانه شراء بالدين المؤجل وهذا قضاء من المكفول عنه للكفيل بطريق المقاصة فكأنه أوفاه الدين حقيقة ولو كفل بنفس رجل على أنه للكفيل ان لم يوافق به الى سنة فعليه المال الذي عليه وهو ألف درهم ثم أعطى المكفول عنه رهنا بالمال قبل السنة فالرهن باطل لأن المال لم يجب عن الكفيل بعد لانه علق التزام المال بشرط عدم الموافقة فلا يكون واجبا قبل الشرط (ألا ترى) انه لو دفع نفسه اليه قبل الاجل لم يكن عليه من المال شيء فان ميل فأين ذهب تواسكهم ان في كلاله تقديرا وتأخيرا أو انه التزم ان ثم جعل الموافقة بنفسه صرفا له عن انفسه فله ذلك طريقا صار له بعض مسايخنا رحمهم الله لتوجه المطالبة بالمال عند عدم الموافقة بالنفس فأما في الاستيفاء ما يارم المال بالثمن وهو ما التزم المال الا بعد عدم الموافقة بالنفس غدا فلا يكون امان واجبا عليه في الحال ولا يجوز الرهن في الكفالة بالنفس على وجه من ارضه لان الرهن يختص بحق يمكن استيفاءه من الرهن فان موجبه ثبوت يد الاستيفاء ولا ضمان على المرتهن ان هلك الرهن في يده لانه أخذه رهنا بغير مال وضمن الرهن ضمان استيفاء وذلك لا يكون بدون الدين واذا كفل رجل عن رجل بما لم يحل عليه بعد فقال اذا حل المال فهو على وأعطى المكفول عنه الكفيل رهنا كان جائزا لانه التزم المال بمقدار الكفالة وجعل مطالبة الطالب عنه متأخرة الى ما بعد حلول الاجل وذلك غير مانع وجوب أصل المال على الاصيل فكذلك على الكفيل واذا وجب المال على الكفيل وجب للكفيل على المكفول عنه أيضا فيجوز الرهن به ولو قال ان توى مالك عليه فهو على وأعطاه بذلك رهنا لم يجوز الرهن لان المالك لم يجب بعد فانه علق التزام المال بالشرط وكذلك لو قال ان مات ولم يوفك المال فهو على فأعطاه المكفول عنه به رهنا فالرهن باطل لان المال لم يجب بعد والكفالة جائزة على هذا الشرط لانه شرط متعارف في الكفالات . ولو أخذ الكفيل بالدرك رهنا فالرهن باطل والكفالة جائزة لان المال غير واجب على الكفيل قبل لحوق الدرك فلا يكون واجبا على الاصيل فلا يصح الرهن به ولا ضمان على المرتهن فيه لانه قبضه باذن صاحبه وكل ما أبطلنا فيه الرهن بالمال

فكان الرهن في يدي الكفيل حتى يحل عليه المال ويؤخذه فان أراد أن يمسك الرهن بذلك فليس له ذلك لان أصل الرهن لم يكن صحيحا لم يثبت بقبضه يد الاستيفاء فلا يكون له أن يمسكه بعد ذلك وان وجب الدين عليه ولو آجر منه ابلا الى مكة وكفل عنه رجل بالاجر وبالحمولة فأخذ الكفيل منه بذلك رهنا فان الرهن في ذلك جائز لان الكفيل مأخوذ بالكفالة وقد وجبت عليه أما على أصل محمد رحمه الله فلان الاجر بنفس العقدمؤجلا وعند أبي يوسف رحمه الله سبب الوجوب مقرر وان تأخر وجوب المال (ألا ترى) أن الإبراء عنه صحيح فيجوز الرهن به سواء ارتهن من الكفيل أو ارتهن الكفيل من المكفول عنه بخلاف ما سبق ولو أن رجلا أحال على رجل بمال وأعطاه به رهنا جاز لان المال بالحالة يجب للمحتال عليه على المحيل كما يجب للطالب على المحتال عليه وان كان رجوعه عليه يتأخر الى حين أدائه المال واذا ادعى مسلم على كافر مالا وأدى كفالة مسلم بذلك وأقام بينة من الكفار بذلك ثبت المال بهذه البينة على الاصيل دون الكفيل المسلم وشهادة الكفار لا تكون حجة على المسلم وكذلك لو كان أصل المال على كافر فشهد كافران على مسلم وكافر أنهما كفلا عنه بهذا المال وبعضهم كفلاء عن بعض جازت الشهادة على الاصيل وعلى الكفيل الكافر ولا يجوز على الكفيل المسلم لان بعض هذه الكفالة تنفصل عن البعض فانما يقضي بقدر ما قامت الحجة به واذا ادعى مسلم على مسلم مالا وجحد المطلب، وادعى الطالب كفالة رجل من أهل الذمة عنه بالمال بأمره وجحد الكفيل وشهد له بذلك ذممان جازت شهادتهما على الكفيل ولم تجز على المسلم حتى اء الكفيل اذا ادعى لم يكن له أن يرجع على المسلم بشيء لان شهادة الكفار لا تكون حجة على المسلم فكما لا يثبت بهذه شهادة الدين للطالب على المسلم فكذلك لا يثبت بها أمر الكفيل بالكفالة وكذلك لو كان المال عليهما في الصك والمسلم في صدر الصك والذمي كفيل بده أو كان المال عليهما وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه لان وجوب المال على أحدهما ينفصل عن وجوب المال على الآخر فانما يقضى بالقاضى بقدر ما قامت الحجة به وهذه البينة حجة على الكافر دون المسلم واذا كان الدين لرجلين على رجل فكفل أحدهما لشريكه بمحضته عن المطلب لم يجز من قبل الشراكة التي بينهما معناه ان أصل المال كان مشتركة بينهما فلا يمكن أن يحل هو كفيه بنصيب صاحبه خاصة لان ذلك يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض ولا يمكن أن يحمل كفيلا بالنصف من المال المشترك بينهما لان هذا

يؤدي الى أن يكون ضامنا نفسه عن نفسه وذلك لا يجوز (الأتري) أن أحدهما لو استوفى نصيبه من المطلوب أو من غيره كان للآخر أن يشاركه فيه فكذلك اذا استوفاه من شريكه الكفيل ولا يمكن أن يجعل هو بهذه الكفالة مسقطا حقه في المشاركة معه لان الاسقاط قبل وجوب سبب الوجوب باطل والسبب الموجب للشركة له في المقبوض القبض والكفالة يستحق ذلك فلماذا بطلت الكفالة وليست الكفالة في هذا بمنزلة التبرع بالاداء فان أحد الشريكين لو تبرع بأداء نصيب شريكه عن المديون جاز لان ذلك اسقاط لحق المشاركة في المقبوض مقترنا بالسبب وهو صحيح وهذا بمنزلة الوكيل بالبيع اذا كفل باليمين عن المشتري للموكل لم يجز ولو ادعى عنه جاز وكذلك لو كفل بنفس انسان ببدل الكتابة لا يجوز ولو تبرع بأداء بدل الكتابة عن المكاتب جاز وكذلك لو كان الدين لواحد فمات فورثه ابنه فكفل أحدهما لصاحبه بحصته لان الدين كان مشتركا بينهما ارنا فهو قياس دين مشترك بسبب آخر واذا كان لرجل على رجل ألف درهم كفل بها عنه رجل بأمره أو بغير أمره ثم مات الطالب والمطلوب وارثه لم يكن له على الكفيل شيء لان المطلوب ملك ما في ذمته بالميراث فسقط عنه وبراءته توجب براءة الكفيل فان كان معه وارث آخر للطالب فانما يسقط عن الكفيل حصة المطلوب وللوارث الآخر أن يطالب الكفيل بحصته لانه في حصته قائم مقام الطالب وانما يبرأ الكفيل من كل شيء يبرأ به الاصيل ولو كان احتال بها عليه فكفل بها على أن يبرأ الطالب المطلوب ثم مات الطالب والمطلوب وارثه وكانت الحولة بأمره لم يكن على الكفيل شيء لان المال صار مملوكا للمطلوب بموت الطالب فلو رجع على الكفيل والمحتال عليه بذلك أيضا لان الحولة والكفالة كانت فاسدة فلا يكون مقيدا بقضاء فان كان بغير أمره رجع بها على المحتال عليه أو الكفيل لانه قائم مقام الطالب بعد موته وهذا رجوع مفيد فان الكفيل والمحتال عليه ان كانا متطوعين هنا لا يستوجبان الرجوع عند الاداء على أحد بشيء وهذا بخلاف الاول فان أصل المال هناك في ذمة المطلوب فهو انما يملك بالارث ما في ذمة نفسه فسقط عنه ولا يرجع الكفيل بشيء سواء كفل بأمره أو بغير أمره وهنا أصل المال تحول الى المحتال عليه فالاصيل انما يملك ما في ذمة غيره فيكون له أن يطالبه به اذا كان ديننا مفيدا واذا كفل الرجل لعبده بدين على رجل وعلى عبده دين فهو جائز لان كسب العبد المديون لغرمائه فهذه الكفالة في الصورة للعبد وفي المعنى للغرماء والعبد المديون يستوجب

على مولاه الدين بسائر الاسباب فكذلك بالكفالة فان قضى العبد الدين بطلت الكفالة عن المولى لان كسب العبد صار له ولا يكون كفيلا لنفسه عن نصيبه وكان الدين للعبد على المكفول عنه على حاله يأخذه به لان براءة المولى هنا بمنزلة القسخ للكفالة فلا توجب براءة الاصيل واذا كفل رجل لرجل بألف درهم ثم مات الطالب والكفيل وارثه برى الكفيل منه والمال على المكفول عنه على حاله يأخذه به ان كان كفل عنه بأمره وان كان كفل عنه بغير أمره فلا شيء على المكفول عنه أيضا لان المال صار للكفيل ميراثا بموت الطالب فيكون بمنزلة ماله صار له بهية الطالب منه أو بقضائه اياه ولو قضاء أو وهبه له في حياته رجع على المكفول عنه ان كان كفل بأمره وان كان كفل بغير أمره لم يرجع عليه بشيء فهذا مثله وكذلك لو كان الطالب ابرأ منه المطلوب على أن ضمنه هذا بأمر المطلوب أو على أن احتال به على هذا ثم مات الطالب والكفيل وارثه كان له أن يأخذ الاصيل بذلك ولو كان ذلك بغير أمر المطلوب لم يرجع عليه بشيء لان تملكه ما في ذمته بالارث بمنزلة تملكه بالاداء واذا كفل العبد بأمر سيده لرجلين بألفين أو ثلاثة آلاف وقيمته ألف درهم ثم استدان ألفا ثم بيع بألف كان ثمنه بينهم يضرب صاحب الكفالة بجميعها لان جميع دينه ثبت على العبد بكفالاته باذن مولاه حين كان فارغا عن الدين فلو كان استدان أولا ألفا وكانت الكفالة بعد ذلك فالثمن للمدين خاصة لان الكفالة منه كانت بعد ما شتغلت ماليته بالدين فكفالاته بأمر المولى اقرار للمولى في الفصلين عليه جميعا ولو كان كفل بألف ثم استدان ألفا ثم بيع بألف كانت الالف الوسطى باطلة لانه كفل بها وماليته اشتغلت بالكفالة الاولى وهو بمنزلة ماله أقر للمولى عليه بألف درهم ثم استدان ألفا ثم بيع بألف وتام بيان هذه الفصول في كتاب المأذون والله أعلم بالصواب

﴿ ثم كتاب الكفالة والله المنة ﴾

﴿ كتاب الصلح ﴾

﴿ قال ﴾ الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة ونفر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء علم بأن الصلح عقد جائز عرف جوازه بالكتاب والسنة * أما الكتاب فقوله تعالى (فلا جناح عليهما أن يدخلا بينهما صلحا والصلح خير) وفي هذا بيان انه

نهاية في الخيرية * وأما السنة فأروى أن النبي صلى الله عليه وسلم صالح أهل مكة عام الحديبية على وضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ودخل رسول الله صلى الله عليه وسلم المسجد فرأى رجلين يتنازعا في ثوب فقال لأحدهما هل لك إلى الشطر هــل لك إلى الثانيين فدعاهما إلى الصلح وما كان يدعوهما إلا إلى عقد جائز وقال النبي صلى الله عليه وسلم الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما وهكذا كتب علي رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه كل صلح جائز بين الناس إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما وهذا اللفظ من الأول لكتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري قد اشتهر فيما بين الصحابة رضوان الله عليهم فما ذكر فيه فهو كالجمع عليه منهم وبظاهر هذا الاستثناء استدلل الشافعي رحمه الله لا بطلان الصلح على الإنكار فانه صلح حرم حلالا لأن المدعى أن كان محقا كان أخذ المال حلالا له قبل الصلح وحرم بالصلح وإن كان مبطلا فقد كان أخذ المال على الدعوى الباطلة حراما عليه قبل الصلح فهو صلح حرم حلالا وأحل حراما ولكننا نقول ليس المراد هذا فإن الصلح عن الأقرار لا يخلو عن هذا أيضا لأن الصلح في العادة يقع على بعض الحق فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالا للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه من قبل الصلح وحل بالصلح فعرفنا أن المراد غير هذا والصلح الذي حرم حلالا وهو أن يصالح إحدى زوجتيه على أن لا يوطأ الأخرى أو يصالح زوجته على أن لا يوطأ جاريته والصلح الذي أحل حراما هو أن يصالح على خمر أو خنزير وهذا النوع من الصلح باطل عندنا وحمله على هذا أولى لأن الحرام المطلق ماهو حرام لعينه والحلال المطلق ماهو حلال لعينه (ثم ذكر عن علي كرم الله وجهه) أنه أتى في شيء فقال أنه لجور ولولا أنه صلح لرددته وفيه دليل جواز الصلح ومعنى قوله لجور أي هو مائل عما يقتضيه الحكم أو عما يستقر عليه اجتهادي من حكم الحادثة والجور هو الميل قال الله تعالى ومنها جائز أي مائل وفيه قال أن الصلح على خلاف مقتضى الحكم جائز بين الخصمين لأنه يعتد به التراضي بينهما وبالتراضي يعتد بينهما السبب الموجب لنقل حق أحدهما إلى الآخر بعوض أو بغير عوض فهذا لم يرد على رضي الله عنه وذكر عن شريح رحمه الله أنه قال أيما امرأة صولحت على ثمنها لم يتبين لها كم ترك زوجها فتلك الريبة وفي بعض الروايات الريبة ومعنى اللفظ الأول الشك يعني إذا لم يتبين لها كم ترك زوجها فذلك يوقعها في الشك لعل نصيبها أكثر مما أخذت وقوله

الرية تصغير الربا يعني اذا لم يتبين لها كم ترك زوجها يتمكن في هذا الصلح شبهة الربا بأن يكون نصيبها من جنس ما أخذت من النقد مثل ما أخذت أو فوقه وفيه دليل انه يجوز للورثة أن يصالحوا بعضهم على شيء يخرجوه بذلك من مزاحمتهم وان جهالة ما يصالح عنه لا يمنع جواز الصلح لان الجهالة انما تفسد العقد لتعذر التسليم معها والمصالح عنه لا يستحق تسليمه بالصلح فجهاله لا تمنع جواز الصلح ثم اذا صولحت المرأة على ثمنها فان كان بعض تركه الزوج ديناً على الناس فصالحوها عن الكل فهو باطل لانها تصير مملكة نصيبها من الدين من سائر الورثة بما تأخذ منهم من العين وتمليك الدين من غير من عليه الدين بموض لا يجوز فاذا فسد العقد في حصة الدين فسد في الكل وهو دليل لأبي حنيفة رحمه الله في مسألة البيوع أن العقد الواحد اذا فسد في البعض المعقود عليه فسد في الكل وهما يقولان حصة العين هنا من البديل المأخوذ غير معلومة والدين ليس بمال أصلاً ما لم يقبض فلا يكون محلاً للتمليك ببدل فهو كما لو جمع بين حر وعبد في البيع بثمن واحد فلهذا يفسد العقد في الكل وان صالحوها من حصتها من العين خاصة وان لم يكن في التركة دين فهو على ثلاثة أوجه أحدها أن يصالحوها على أحد النقيدين اما الدراهم أو الدنانير فهو جائز الا أن يكون في التركة من جنس ذلك النقد مقدار ما يكون نصيبها من ذلك الجنس أكثر مما أخذت فينشد لا يجوز لان مبادلة مال الربا بحصته لا يجوز الا بطريق المائلة فان كان نصيبها أكثر مما أخذت كان الفضل في هذا الجنس من نصيبها من سائر التركة ربا وكذلك ان كان نصيبها ثمن هذا الجنس مثل ما أخذت فنصيبها من سائر التركة يكون فضلاً خالياً عن العوض وهو الربا بعينه وان وقع الصلح عن الدراهم والدنانير فذلك جائز وان كان في التركة من النقيدين ما يكون نصيبها من كل جنس أكثر مما أخذت بطريق صرف الجنس الى خلاف الجنس فتصحیح المعقود بحسب الامكان واجب والصحيح أولى بذلك من غيره لأن المقصود به قطع المنازعة لما في امتدادها من الفساد والله لا يحب الفساد فان صالحوها على عرض فهو جائز لانه وقع عليه الصلح بنفس مال الربا فسواء كان في التركة من جنس ما وقع عليه الصلح ما يكون نصيبها أكثر مما أخذت أو لم يكن فذلك لا يؤدي الى الربا قال الحاكم رحمه الله انما يبطل الصلح على أقل من نصيبها من الربا في حال التصديق وقد بينا ذلك في موضع آخر من هذا الكتاب فأما حال المنازعة فالصلح جائز لان مع الانكار ليس لها حق مستقر وفي ذلك الجنس أكثر

مما أخذت وعند الانكار المعطى يؤدي المال لقطع المنازعة والخصومة ويفدى به عينه فلا
 يتمكن فيه الربا على ما بينه وذكر عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه قال ردوا الخصوم حتى
 يصطلحوا فان فصل القضاء يحدث بينهم الضغائن وفيه دليل أن القاضى لا يذنى له أن يعجل
 وانه مندوب الى أن يرد الخصوم ليصطلحوا على شئ ويدعوهم الى ذلك فالفصل بطريق
 الصلح يكون أقرب الى بقاء المودة والتحرز عن النفرة بين المسلمين ولكن هذا قبل أن
 يستبين وجه القضاء فأما بعد ما استبان ذلك فلا يفعله الا برضا الخصمين ولا يفعله لامر
 أو مرتين لما فى الاطالة من الاضرار بمن ثبت الاستحقاق له فى تأخير حقه ولأن لك يجر
 اليه همة الليل وعلى القاضى أن يتحرز عن ذلك بما يقدر عليه وعن عمرو بن دينار أن احدى نساء
 عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على أن أخرجوها من الميراث
 وهى تماضر كان طلقها فى مرضه فاختلف الصحابة رضوان الله عليهم فى ميراثها منه ثم
 صالحوها على الشطر وكان له أربع نسوة فخطها ربع الثمن وهو جزء من اثنين وثلاثين جزءاً
 فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزءاً وأخذت بهذا الحساب ثلاثة
 وثمانين ألفاً ولم يشر لذلك فى الكتاب وذكر فى كتب الحديث ثلاثة وثمانون ألف دينار
 فهذا دليل ثروة عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه ويساره وكان قد قسم لله تعالى ماله
 أربع مرات فى حياته تصدق فى كل بالنصف وأمسك النصف فهو دليل على انه لا بأس بجمع
 المال واكتساب الغنى من حله فابن عوف من الصحابة العشرة الذين شهد لهم رسول الله
 صلى الله عليه وسلم بالجنة وأيد هذا القول قوله صلى الله عليه وسلم نعم المال الصالح للرجل
 الصالح ولكن مع هذا ترك الجمع والاستكثار وانفاق المال فى سبيل الله تعالى أولى وهو
 الطريق الذى اختاره رسول الله صلى الله عليه وسلم لنفسه بقوله صلى الله عليه وسلم اللهم
 أحيني مسكيناً وأمتنى مسكيناً واحشرنى فى زمرة المساكين وفى حديث عبد الرحمن رضى الله عنه
 ما يدل عليه فان النبي صلى الله عليه وسلم قال له ما أبطأك عنى يا عبد الرحمن قال وما ذلك يا رسول
 الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لك آخر أصحابي لحوقاً بى بعد القيامة وأقول أين كنت
 فأقول منعنى عنك المال كنت محبوساً ما تخلصت اليك حتى الآن وذكر عن ابن عباس
 رضى الله عنهما قال يتخارج أهل الميراث يعنى يخرج بعضهم بعضاً بطريق الصلح وذلك جائز
 لمسا فيه من تيسير القسمة عليهم فانهم لو اشتغلوا بقسمة الكل على جميع الورثة ربما يشق

عليهم ويدق الحساب أو تتعذر القسمة في البعض كالجوهرة النفيسة ونحوها فإذا أخرجوا
البعض بطريق الصلح تيسر على الباقيين قسمة ما بقي بينهم فجاز الصلح لذلك وعن محمد بن سيرين
رحمه الله قال ما رأيت شريحا رحمه الله أصلح بين الخصمين الا امرأة استودعت وديعة
فاحترق بيتها فناولتها جارة لها فضاغت فأصلح بينهما على مائة وثمانين درهما وفيه بيان انه
كان من عادة شريح رحمه الله الاشتغال بطالب الحجة التي يفصل الحكم بها وما كان يباشر
الصلح بين الخصمين بنفسه وكان يقول انما حبس القاضي لفصل القضاء ولا أجله تقدم اليه
الخصمان وللصلح غير القاضي فينبغي للعاضي أن يشتغل بما تعين له ويدع الصلح لغيره الا انه
في هذه الحادثة لا أجل الاشتباه وتعارض الادلة دعاهما الى الصلح فان المودع اذا وقع
الحريق في بيته فناول الوديعة جارا له كان ضامنا في القياس وفي الاستحسان لا يكون ضامنا
لان الدفع الى الغير في هذه الحال من الحفظ ولكنه عادة بخلاف النص فان المودع أمره
بأن يحفظ بنفسه نصا وأن لا يدفع الى الغير فهذه الحال من الحفظ ولكنه عادة بخلاف
النص فان المودع أمره بأن يحفظ بنفسه نصا وأن لا يدفع الى أجنبي فلاشتباه الادلة أصلح
بينهما على مل وذ كر هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنهما أن بريرة رضي
الله عنها اتها تسألها فقالت ان شئت عدتها لاهلك عمه واحدة وأعتقتك فذكرت ذلك
لأهلها فقالوا لا إلا أن يكون الولاء لنا فذكرت ذلك عائشة رضي الله عنها الرسول الله صلى الله
عليه وسلم فقال صلوات الله عليه وسلامه الولاء لمن اعتق فاشتريها واعتقتها وخطب رسول
الله صلى الله عليه وسلم وقال ما بان أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله تعالى
شروط الله وثني وكتاب الله أحق وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة
شرط ما بال أقوام يقول أحدهم أعتق يافلان والولاء لي واعما الولاء لمن أعتق وقد تقدم
بيان فوائد هذا الحديث في كتاب الولاء وانما ذكرناه هنا ليتبين أن الزيادة التي تؤدي أن
النبي صلى الله عليه وسلم قال لها اشترى واشترطى فانما الولاء لمن اعتق وهم من هشام بن عروة
كما ذكره أبو يوسف رحمه الله في الامالي فان ذلك من الغرور وما كان لرسول الله صلى الله
عليه وسلم يأمر أحدا بالغرور ومقصوده من اراد الحديث هنا بيان انه يجوز بطريق الصلح
والتراضي مالا يجوز بدونه فان بريرة رضي الله عنها كانت مكتوبة وقد اشترتها عائشة رضي الله
عنها برضاها ولولا ذلك ما جاز شراؤها وفيه دليل انه انما يجوز أن يشترط في الصلح مالا يكون

مخالفا لحكم الله تعالى فأما الذي يكون مخالفا لحكم الله تعالى لا يجوز اشتراطه في الصلح لقوله صلى الله عليه وسلم كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط معناه ليس في حكم الله تعالى فالمراد بالكتاب الحكم كما قال الله تعالى كتاب الله عليكم وذكر عن علي كرم الله وجهه أنه أتاه رجلان يتخصمان في بغل فجاء أحدهما بخمسة رجال فشهدوا أنه انتجبه وجاء الآخر بشاهدين شهدا أنه انتجبه فقال علي كرم الله وجهه للقوم ماترون فقالوا افض لاكثرهما شهودا فقال علي رضي الله عنه اعمل الشاهدين خير من الخمسة ثم قال علي رضي الله عنه فيها قضاء وصلح وسأبئكم بذلك أما الصلح فإنه يقسم بينهما على عدد الشهود وأما القضاء فيحلف أحدهما ويأخذ البغل فإن تشاحا على اليمين أقرعت بينهما بخمسة أسهم ولهذا سهمين فأيهما خرج سهمه استخلفه وغلظت عليه اليمين ويأخذ البغل وفي هذا دليل على أن البيعة على التنازع مقبولة في الحيوان وإن القاضى يذبح له عند الاشتباه إن يستشير جلساءه كما فعله علي رضي الله عنه ثم أشاروا عليه بالقضاء لاكثرهما شهودا لنوع من الظاهر وهو أن طائفة البيعة القلب إلى قول الخمسة أكثر من طائفة القلب إلى المثني ورد على رضي الله عنه ذلك عليهم لقمه خفي وهو أن طائفة القلب باعتبار معنى العدالة فلذلك ترجح جانب الصدق في الخبر ولعل الشاهدين في ذلك خير من الخمسة ثم الترجيح عند التعارض يكون بقوة العلة لا بكثرة العلة وفي حق من أقام خمسة زيادة عدد في العلة فشهادة كل شاهدين حجة تامة يثبت الاستحقاق بها والترجيح بما لا يثبت الاستحقاق به ابتداء فاما ما يثبت به ابتداء الاستحقاق لا يقع الترجيح به فلذلك لم يرجح أكثرهما شهودا ثم قال فيها قضاء وصلح وهو دليل على أن انصالح جائز على غير الوجه الذي يقتضيه الحكم وإن الصلح بين الخصمين مع الإنكار جائز ثم بين وجه الصلح وهو أن يكون بينهما على عدد الشهود لاحدهما خمسة أسباعه وللآخر سباعه وكأبه اعتبر هذا الظاهر الذي أشار إليه القوم ولكن لما كان لا يؤخذ به إلا عند اتفاق الخصمين عليه ساء صالحا وأما القضاء لاحدهما بأخذ البغل فهذا مذهب لمي رضي الله عنه فقد كان يستخلف المدعى مع البيعة وكان يحلف الشاهد والراوى فكأنه جعل يمين أحدهما مرجحة لجانبه باعتبار أن الاستحقاق باليمين لا يثبت ابتداء فيقع الترجيح بها كقرابة الأم في استحقاق المصوبة فإن الأخ لأب وأم يقدم في المصوبة على الأخ لأب لأن المصوبة لا تثبت بقرابة الأم ابتداء فتقوى بها عليه المصوبة على الأخ لأب ولنا نأخذ بهذا فقد ثبت

عندنا انه لا معتبر بيمين المدعى وقد قررنا ذلك فيما سبق ثم قال فان أداها على اليمين أقرعت بينهما لهذا بخمسة ولهذا بسهمين وهو عود منه الى وجه الصلح وبهذا يستدل الشافعي رحمه الله في استعمال القرعة عند تعارض الحجج في دعوى الملك ولسنا نأخذ بهذا لانه في معنى القمار فقيه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وانما يستعمل القرعة عندنا فيما يجوز الفصل فيه من غير اقراع وقد بيناه في كتاب القسمة وحكم الحادثة عندنا أن يقضى بالمدعى بينهما نصفين لاستوائهما في الحجة وقد بينا ذلك في كتاب الدعوى وروينا فيه من الاثر والمعنى ما يكون الاخذ به أولى من الاخذ بقول على رضى الله عنه فانه بناء على مذهبه الذي تفرد به وهو استحلاف المدعى مع الحجة والامة قد اجتمعت على خلافه والله أعلم بالصواب

باب الصلح في القمار

(قال رحمه الله) واذا ادعى رجل دارا في يد رجل فأنكرها الذي هي في يديه ثم صالحه على دراهم أو دنانير مسماة فهو جائز * واعلم بأن الصلح أنواع ثلاثة صلح بعد الاقرار و صلح بعد الانكار و صلح مع السكوت بأن لم يجب المدعى عليه بالاقرار ولا بالانكار ويجوز مع الانكار وقال الشافعي رحمه الله يجوز الصلح مع الاقرار والسكوت ولا يجوز مع الانكار وقال الشافعي رحمه الله يجوز الصلح مع الاقرار ولا يجوز مع الانكار والسكوت وكان الشيخ أبو منصور الماتريدي رحمه الله يقول لم يعمل الشيطان في إيقاع العداوة والبغضاء بين المسلمين مثل من عمل في ابطال الصلح على الانكار لما في ذلك من امتداد المنازعات بين الناس ولسنا نأخذ بهذا فنأبطل ذلك انما أبطله احتياطا للتحرز عن الحرام وللرشوة والاعمال بالبينات وانما نقول كما قال أبو حنيفة رحمه الله أجود ما يكون الصلح على الانكار وأما الشافعي رحمه الله فانه استدل بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) والصلح على الانكار لا يكون إلا بالتجارة عن تراض فذلك يبنى على نبوت ملك المدعى على المدعى وبدعواه لا يثبت ذلك مع انكار المدعى عليه فكان أكل المال بالباطل وهو المعنى في المسئلة فانه يأخذ المال بطريق الرشوة والرشوة حرام وبالصلح لا يحل ما هو حرام وقاس بصلح الشفيع مع المشتري بمال يأخذه ليسلم الشفعة أو يصلح القاتل مع الانكار ليقبضه منه الولي بمال يطميه ويصلح

معروف النسب مع مدعي الرق على ما ليس شرقة وبيان الوصف أن بدل الصلح اما أن يكون عوضا عن المال أو عن الدعوى والخصومة أو عن اليمين ولا يجوز أن يجعل عوضا عن المدعى لان مجرد الدعوى لا يثبت الملك في المدعى للمدعى قال صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم الحديث والدليل عليه أنه لو استحق بدل الصلح لا يرجع بالمال المدعى ولكن يعود على رأس الدعوى ولو كان المال بدلا عن المدعى لكان يعود به عند الاستحقاق كما لو كان الصلح بعد الاقرار ولو كان المصلح عنه دارا لا يجب للشفيع فيها الشفعة أو كان المال بدلا عن المدعى والخصومة لان ذلك ليس بمال فلا يجوز الاعتياض عنه بالمال ولانه كما لا يستحق بنفس الدعوى أخذ المال المدعى فكذلك لا يستحق أخذ المال بطريق الصلح ولا جائز أن يكون بدلا عن اليمين لان اليمين مشروعة لقطع الخصومة فلا يجوز الاعتياض عنها بالمال كالمودع اذا ادعى رد الوديعة أو هلاكها كان القول قوله مع اليمين ولو صالح من هذه اليمين على ما كان باطلا فعرفنا أن المدعى عليه انما يبذل المال ليدفع به أذى المدعى عن نفسه والمدعى يأخذ المال ليكف عن الخصومة معه بغير حجة وخصومته بغير حجة ظلم منه شرعا وأخذ المال ليكف عن الظلم رشوة فيكون حراما لقوله صلى الله عليه وسلم الراشي والمرثى في النار ولقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرثى والرائش وبنيحو هذا يستدل ابن أبي ليلى رحمه الله الا أنه يقول المدعى بنفس الدعوى يصير حقا للمدعى ما لم يعارضه المدعى عليه بانكاره (ألا ترى) انه لو لم ينازعه في ذلك لتمكن من أخذه وهذا لان الدعوى خبر محتمل بين الصدق والكذب ولكن الصدق يترجح فيه من حيث ان دينه وعقله يدعوانه الى الصدق ويمنانه من الكذب الا أن المدعى عليه اذا عارضه بانكاره فانكاره أيضا محتمل بين الصدق والكذب فلتحقق المعارضة تخرج دعواه من أن تكون موجبة للاستحقاق ما لم يظهر الترجيح في جانبه بالينة واذا كان المدعى عليه ساكتا فالمعارض لم يوجد فتبقى دعوى المدعى معتبرة في الاستحقاق فهذا يجوز الصلح في هذه الحال فأما بعد المعارضة بالانكار لم يبق للدعوى سبب الاستحقاق فأخذ المال بطريق الصلح يكون رشوة وأصحابنا رحمهم الله استدلوا في ذلك بظاهر قوله تعالى والصلح خير فائتقيد بحال الاقرار يكون زيادة على النص المتأني فيه أن المدعى أحد الخصمين في دعوى العين لنفسه فيجوز له أن يأخذ المال بطريق الصلح من صاحبه كالمدعى عليه فانه لو وقع الصلح بينهما على أن يسلم العين الى المدعى بمال

يأخذه منه جاز ذلك بالاتفاق وتأثيره ان كل واحد منهما يدعى العين لنفسه وخبره في حقه
 محمول على الصدق وانما لا يكون حجة على خصمه ثم المدعى عليه انما يأخذ المال بطريق
 الصلح باعتبار قوله ان العين لي وانى أملكه من المدعى بما استوفى منه لا باعتبار يده (ألا ترى)
 أن المودع باعتبار يده بدون هذا القول لا يأخذ العوض عن الوديعة من المودع والمدعى قد
 وجد منه القول مثل ما وجد من المدعى عليه فكما يجوز للمدعى عليه أن يأخذ المال صلحا
 باعتبار قوله فكذلك يجوز للمدعى وفي هذا بيان أن المال عوض من المدعى في حق من يأخذه
 فان كانت قد تقطعت الخصومة في حق صاحبه ومثله جائز لمن اشترى عبداً أقر بحريته فما
 يعطى من الثمن بدل ملك الرقبة في حق البائع وهذا فداء في حق المشتري حتى يمتق العبد
 فهذا مثله ولان الصلح مع الانكار ابراء بعوض ولو أبرأه بغير عوض صح ذلك فكذلك
 اذا أبرأه بعوض كما لو صالح بعد الاقرار ومعنى ذلك أن المدعى يسقط حقه عن المال المدعى
 ديناً كان أو عيناً ثم انكار المدعى عليه لا يمنع صحة ابرائه بغير عوض حتى لو أبرأه عن الدين
 ثم أقر المدعى عليه بأنه كان واجبا كان الابراء صحيحاً وهذا لان الابراء اسقاط والاستقاط
 يتم بالمسقط وحده وانما يحتاج الى مراعات الجانب الآخر في التملكات فأما في الاستقاطات
 فلا كالطلاق والعقاق وهذا لان المسقط يكون متلاشياً ولا يكون داخلاً في ملك أحد
 ولهذا صح الابراء عن الدين قبل قبول المديون وان كان يرتد رده لتضمنه معنى التملك
 ولكن ذاك تبع وانما يعتبر ما هو المقصود وهو الاستقاط فشرط صحته ثبوت الحق في
 جانب المسقط وذلك ثابت بخبره وانما لم يجعل الدعوى سبباً للاستحقاق على الغير ثم بنفس
 الدعوى يستحق الجواب والحضور على المدعى عليه ويستحق المدين بحد المعارضة بالانكار
 حتى يستوفى بطلبه واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله لك يمينه فعر فذا ان جانب
 الصدق ترجح في حقه قبل المعارضة بالانكار وبعد المعارضة وانما لا يعطى بنفس الدعوى
 المال المدعى لما قال صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم الحديث فاذا ترجح معنى
 الصدق في حقه ثبت الحق في جانبه فيملك التصرف فيه بالاستقاط وهذا النوع من الاستقاط
 مما يجوز أخذ العوض عنه كما بعد الاقرار في أخذ المال بطريق الصلح عوضاً عن اسقاط حق
 ثابت في حقه والمدعى عليه ليس بملك شيئاً فلا يشترط ظهور الحق في جانبه (ألا ترى)
 أن الزوج اذا خالع امرأته على مال مع أجنبي ضمنه أو من له القصاص اذا صالح مع أجنبي

على مال ضمنه يصح ذلك ويستحق المال عوضا عن الاسقاط وان كان من يعطى المال لا يملك به شيئا وأظهر من هذا كله صلح الفضولي فانه لو قال للمدعي ان المدعى عليه قد أقر معى سرا وأنت محق في دعواك فصالحنى على كذا من المال وضمن له ذلك فصالحه صح الصالح بالاتفاق ومعلوم أن باقراره لا يثبت المال على المدعى عليه وانما صح هذا الصلح بطريق الاسقاط لظهور الحق في جابب المدعي دون المدعى عليه فكذلك اذا صالح مع المدعي عليه بل أولى لان المدعي عليه ينتفع بهذا الصلح والفضولى لا ينتفع به ووجوب المال عوضا عن الاسقاط على من ينتفع به أسرع ثبوتا منه على من لا ينتفع به (ألا ترى) انه لو خالع امرأته على مال وجب المال عليها وان لم يضمن بخلاف ما لو كان الخلع مع أجنبي (يقرره) أن الفضولى لا يملك بهذا الصلح شيئا ثم يلزمه دفع المال عوضا عن الاسقاط فكذلك المدعى عليه اذا كان منكرا فهو لا يملك بهذا الصلح شيئا ولكن يلزمه دفع المال عوضا عن الاسقاط كما لو التزمه وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله ان بدل الصلح كالمقر به يكون عوضا عن المدعى عليه ويصير المدعى عليه بالاقدام على الصلح كالمقر به لان القاضى يقول له أى ضرورة ألتأتك الى الصلح وكان من حقه أن ترفع الامر الى لا منع ظلمه عنك فلما اخترت الصلح صرت كالمقر لما ادعى ولكن هذا اقرار ثبت ضمنا للبيع فاذا بطل الصلح بالاستحقاق يبطل ما كان في ضمنه كالوصية بالحياة لما ثبت ضمنا للبيع يبطل ببطلان البيع فلهذا يعود على رأس الدعوى ولما كان هذا الاقرار فى ضمن الصلح لا يظهر حكمه فى غير عقد الصلح واستحقاق الدعوى بالشفعة حكم وراء ذلك فلا يظهر فى حقه كما لو كان الصلح مع فضولى ومنهم من يقول المدعى يستحق المال عوضا فى حقه عن المدعى فأما فى حق المدعى عليه فانه قد التمسه لان اليمين حق للمدعى قبله مستحق الهلاك على ما بيناه فى الدعوى فيكون بمنزلة القصاص والعفو عن القصاص على مال يأخذه صحيح فكذلك فداء المال باليمين صحيح نص عليه فى الجامع الصغير قال ولو فدى يمينه بمشرة دراهم يجوز وذلك مروى عن حذيفة رضى الله عنه أن رجلا ادعى عليه مالا وطلب يمينه وقال لا تحلفنى ولك عشرة فأبى فقال لا تحلفنى ولك عشرون فأبى فقال لا تحلفنى ولك ثلاثون فأبى فقال لا تحلفنى ولك أربعون فأبى خلف ومن هذا وقع فى لسان العوام أن اليمين الصادقة يشتري بأربعين درهما فأما المودع اذا ادعى الرد فحمد رحمه الله يقول يجوز الصلح هناك أيضا فداء اليمين وأبى يوسف رحمه الله لا يجوز ذلك لانه انما استفاد البراءة بمجرد

قوله رددت وهو تسلط على ذلك من جهة المودع وإنما اليمين لنفي التهمة (ألا ترى) أنه لو مات قبل أن يحلف كان بريئاً وهنا اليمين حق للمدعى قبل المدعى عليه لمعنى الإهلاك على ما قد قررنا فيجوز أخذ العوض عنها وبهذا يتبين أن هذا ليس بأكل المال بالباطل ولكنه بمنزلة التجارة عن تراض على أحد الطرفين وهو ثبوت الاقرار في ضمن الصلح وعلى الطريق الآخر هو ليس بتجارة عن تراض ولا أكل بالباطل ولكنه بذل مقيد بمنزلة الهبة والصدقة ونحوهما وفي الحقيقة الخلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله ينبني على الإبراء عن الحقوق المجهولة بموض وهو لا يجوز عنده لأن معنى التملك يغلّب في الصلح فيكون كالبيع وجهالة المبيع تمنع صحة البيع فكذلك جهالة المصالح عنه وعندنا ذلك جائز بموض وبغير عوض واعتمادنا فيه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث خالدًا إلى بني جذيمة داعياً لأمقثاً وبلغه ما صنع خالد أعطى علياً رضي الله عنه مالا وقال ائت هؤلاء القوم واجعل أمر الجاهلة تحت قدميك وأدهم كل نفس ذا مال فأتاهم علي رضي الله عنه ووداهم حتى ميلغة الكلب فبقي في يده مال فقال هذا لكم مما لا تعلمونه أنتم ولا يعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال صلوات الله عليه وسلامه أصبت وأحسن فذلك تنصيص على جواز الإبراء عن الحقوق المجهولة بموض وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للرجلين اللذين اختصما إليه اذهبا تحريا وأقرعا وتوخيا واستهما ثم ليحل كل واحد منكما صاحبه وهذا إبراء عن الحق المجهول والدليل عليه أن الجهالة إنما تؤثر لأنها لا تمنع التسليم والمصالح عنه لا يحتاج فيه إلى التسليم فالجهالة فيه لا تمنع صحة الصلح ففي بيان قول أبي حنيفة رحمه الله أجوز ما يكون الصلح على الإنكار قد طعن في هذا اللفظ ببعض الناس وقال الاختلاف في الصلح على الإنكار اختلاف ظاهر فكيف يكون المختلف فيه أجوز من المتفق عليه ولكننا نقول مراده أنه أنفذ وألزم فالصلح مع الاقرار يفسد بأسباب لا يفسد الصلح مع الإنكار بذلك السبب أو مراده أنه أكثر ما يكون بين الناس لأنه إذا وقع الاقرار استوفى المدعى حقه فلا حاجة إلى الصلح وإنما الحاجة إلى ذلك عند الإنكار ليتوصل به المدعى إلى بعض حقه أو مراده أن ثمرة الصلح قطع المنازعة وذلك عند الإنكار أظهر لأن مع الاقرار لا تمتد المنازعة بينهما والعقد الذي يفيد ثمرته يكون أقرب إلى الجواز مما لا يكون مفيداً لثمرته ثم الصلح على الاقرار تملك مال بمال فيكون يباع

وهذا العقد اختص باسم فلا بد لاختصاصه بالاسم من أن يكون مختصاً بحكم وذلك الحكم لا يكون إلا جوازه مع الإنكار فهو معنى كلام أبي حنيفة رحمه الله ثم اعلم بأن ما وقع عليه الصالح يكون عوضاً من المدعي في حق المدعي بمنزلة الموضع في البيع فكل ما يصلح أن يكون عوضاً في البيع يصح أن يكون عوضاً في الصالح وقد يدا ذلك في البيوع والمصالح عليه يحتاج إلى قبضه فلا بد من إعلانه على وجه لا تبقى فيه منازعة بينهما ولهذا لا يثبت الحيوان فيه ديناً في الذمة ولا يثبت الثياب فيه ديناً إلا وصوفاً مؤجلاً كما في البيع والمصالح عليه إذا كان عيناً لا يجوز التأجيل فيه كما في البيع لا يجوز التأجيل في العين ثم الصالح عقد هو فرع فيعتبر بنظائره مما هو أصل حتى إذا كان على دين في الذمة فحكمه حكم العين في البيع وإن كان على غير دين فحكمه حكم البيع وإذا كان على منفعة فحكمه حكم الإجارة وكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الإجارة يجوز استحقاقها بالصالح وما لا فلا حتى إذا صالح على سكنى ثبت بعينه إلى مدة معلومة يجوز وإن قل أبداً أو حتى يموت لم يجز وكذلك إن صالح على أن يزرع له أرضاً بعينها سنين مسماة يجوز وبدون بيان المدة لا يجوز كما في الإجارة ولو كان لرجل ظلة أو كتف شارع على طريق نافذ فخاصمه رجل فيه وأراد طرحه فصالحه من ذلك على عشرة دراهم كان الصالح باطلاً وبخاصمه في طرحه متى شاء لأن هذا الطريق النافذ حق جماعة المسلمين فلا يمكن واحد منهم أن يعتاض عنه شيئاً فصاحب الظلة لا يستفيد بهذا الصالح حق الإقرار لأن لكل مسلم أن يخاصمه في طرحه والذي خاصمه كان محتسباً في ذلك فارتضى لتترك الحسبة وذلك حرام وهذا لأن من أصل أبي حنيفة رحمه الله أن لكل مسلم أن يمنع من وضع الظلة على طريق المسلمين وأن يطلب الرفع بعد الوضع سواء كان فيه ضرر أولاً أو لا ضرر فيه وعند أبي يوسف ومحمد رحمه الله أن كان فيه ضرر فكذلك الجواب وإن لم يكن فيه ضرر فكل مسلم حق المنع في الابتداء وليس له أن يخاصمه في الرفع بعد الوضع لأنه قاصد إلى الإضرار بصاحب الظلة غير دفع الضرر عن المسلمين وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله لا يمنع في الابتداء إذا لم يكن فيه ضرر كما لا يرفع بعد الوضع وأبو حنيفة رحمه الله يقول الطريق مشترك بين جميع الناس وكل واحد منهم بمنزلة الشريك في الطريق الخاص فكما لا يعتبر هناك الضرر في ثبوت حق المنع والرفع فكذلك هنا ولو كان على طريق غير نافذ فخاصمه رجل من أهل الطريق وصالحه على دراهم مسماة كان جائزاً لأن شركة

أصحاب الطريق شركة ملك ولهذا يستحقون به الشفعة فهذا المصالح ملك نصيبه من صاحب الظلة وتمليك ما هو مملوك له بعوض صحيح فإن قيل صاحب الظلة لا يستفيد بهذا الصلح شيئا لأن لسائر الشركاء أن يخاصموه في الطريق قلنا لا كذلك بل يستفيد من حيث أن سائر الشركاء لو صالحوه أيضا لم يكن له أن يخاصمه في الطريق وهذا لأنه بالصالح يملك نصيبه فيصير كأحد الشركاء في وضع الظلة على هذه الطريق حتى إذا رضى شركاؤه بذلك كان له حق قرار الظلة وبعض المتقدمين من أصحابنا رحمهم الله كان يقول تأويل هذه المسئلة أن الظلة على ما هي على الطريق فالمصالح يصير مملكا نصيبه من وضع أصل البناء وذلك جائز فأما إذا لم يكن كذلك فينبغي أن لا يجوز لأنه يصير مملكا نصيبه من هواء الطريق وتمليك الهواء بعوض لا يجوز والأصح هو الأول لأن هواء الطريق الخاص مشترك بينهم كأصل الطريق واسقاط الحق عن نصيبه من هواء الطريق بعوض صحيح كما يصح اسقاط الحق فيه بغير عوض ولو صالحه على مائة درهم على أن يطرح الظلة عن هذا الطريق كان جائزا لأن فيه منفعة لاهل الطريق فكان المفيد للمال صالح عن نفسه ليوصل المنفعة اليهم بإزالة الشاغل عن هواء طريقهم وذلك جائز وتأويل هذا أن الظلة كانت على بناء مبني على الطريق وصاحب الظلة يدعى ملك ذلك الوضع لنفسه أو يدعى حق قرار الظلة بسبب صحيح فسقط حقه بما يأخذ من المال بطريق الصلح على الإنكار وذلك جائز من أحد الشركاء عن نفسه وعن أصحابه بطريق التبرع كصلح الفضولي ولو ادعى حقا في دار في يدي رجل فصالحه من ذلك على خدمة عبد بعينه شهرا فهو جائز لأن المصالح عليه مقدور التسليم معلوم فإن مات العبد قبل أن يخدمه بطل الصلح لتحقق فوات المعقود عليه لأعلى عوض فيعود على رأس الدعوى وإن مات بعد ما خدمه نصف الشهر كان على دعواه في النصف اعتبارا للبعض بالكل ولو قتله أجنبي فعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا يبطل الصلح ولكن للمدعي الخيار إن شاء أبطل الصلح وعاد على رأس الدعوى وإن شاء أمضى الصلح واشترى له بالقيمة عبدا آخر لخدمه وقال محمد رحمه الله الصلح باطل وجه قوله أن الصلح على المنفعة بمنزلة الاجارة ولو قتل العبد المستأجر بطل عقد الاجارة فكذلك إذا قتل العبد الذي وقع الصلح على خدمته وهذا لأن حق المصالح في المنفعة والقيمة الواجبة على القاتل بدل العبد لا بدل المنفعة فقد فات المعقود عليه لا إلى عوض وهو نظير موت العبد ولأن الصلح عقد محتمل للفسخ ودفع الضرر عن

المدعي ممكن بالاعادة الى رأس الدعوي فلا حاجة بنا الى أن نقيم بدل العين مقام بدل المنفعة في ايفاء هذا العقد بخلاف الوصية فان العبد الموصى بخدمته اذا قتل لا تبطل الوصية لان دفع الضرر عن الموصى له هناك غير ممكن باعادة عوضه اليه فلاجل الضرورة أقننا بدل العين مقام بدل المنفعة ولان العبد من وجه كأنه موصى به ولهذا يعتبر خروجه من الثلث وأبو يوسف رحمه الله يقول المصالح ملك المنفعة بمقد يجوز أن يملك به العين فاذا هلكت العين وأُخلفت بدلا لا يبطل الصلح كالعبد الموصى بخدمته اذا قتل لا تبطل الوصية ولكن يشتري بقيته عبدا آخر ليعمل الموصى له بخلاف الاجارة وهي ملك المنفعة بمقد لا يجوز ان تملك به العين فلا يمكن اقامة بدل العين هناك مقام بدل المنفعة في الاستحقاق بحكم ذلك العقد واذا كان العقد بحيث يجوز أن يملك به العين يمكن اقامة بدل العين فيه مقام بدل المنفعة في ايفاء العقد ثم الصلح على الانكار في معنى الوصية لانه ليس بازاء المنفعة بدل يستقر وجوبه باستيفاء المنفعة كما في الوصية بخلاف الاجارة فان قيل كيف يستقيم هذا والمصالح هناك له أن يؤجر العبد من غيره وفي الوصية الموصى له بالخدمة لا يملك أن يؤجره من غيره قلنا انما ملك ذلك لان الصلح على الانكار مبنى على زعم المدعي وهو يزعم انه ملك المنفعة بعوض فالصلح على الانكار بمنزلة عقد المفاوضة فاذا تملك المنفعة به ملك أن يؤجره من غيره وان كان لا يستقر وجوب البذل باستيفاء المنفعة كما اذا ملك المنفعة بالخلع أو النكاح أو الصلح عن القود * توضيحه ان هذا العقد من وجه يشبه الاجارة وهو ان المنفعة تملك بعوض ومن وجه يشبه الوصية وهو ان باستيفاء المنفعة لا يستقر وجوب عوض فلشبهه بالاجارة قلنا يملك أن يؤجره من غيره ولشبهه بالوصية قلنا لا يبطل بالقتل وتقوم قيمته مقام عينه لان المقصود بهذا العقد قطع المنازعة بينهما وذلك واجب بحسب الامكان ابتداء وبقاء لما في امتدادها من الفساد وانما أثبت الخيار للمدعي لحصول التغير لافي ضمانه فالمنفعة لا تدخل في ضمانه قبل الاستيفاء وعلى هذا لو كان القاتل هو المدعي عليه تجب القيمة أيضا لانه وان كان مالكا للعبد فالمصالح قد صار أحق به منه فهو في وجوب القيمة عليه بالقتل كأجنبي آخر عند أبي يوسف رحمه الله كالراهن اذا قتل المرهون أو الوارث اذا قتل العبد الموصى بخدمته وان كان المصالح هو الذي قتل العبد فهو على الخلاف أيضا لانه أجنبي من الرقة فيلزمه من القيمة بالقتل ما يلزم غيره واختلف مشايخنا رحمهم الله في ثبوت الخيار للمصالح في هذا الفصل عند

أبى يوسف رحمه الله فمنهم من يقول ثبت كما اذا قتله أجنبي آخر والا وجه أن لا يثبت لان
التغيير حصل بفعله هنا وهو راض بفعله لا محالة وهذا على أصل أبى يوسف رحمه الله مستقيم
فقد قال اذا جنى البائع على المبيع وهو فى يد المشتري فهو غير ثابت لا محالة وهذا على أصل أبى
يوسف رحمه الله لا يسقط به خيار المشتري بخلاف ما اذا جنى عليه غيره وعلى هذا لو صالحه
على لبس هذا الثوب شهرا أو على أن يركب دابته هذه الى بغداد فان هذه منفعة يجوز
استحقاقها بالاجارة والوصية فكذلك بالصلح فان مات المدعى أو المدعى عليه وقد استوفى
نصف المنفعة فانه يبطل الصلح بقدر ما بقى ويرجع فى دعواه بقدره وهذا فى قول محمد رحمه
الله بناء على أصله ان الصلح على المنفعة كالاجارة والاجارة تبطل بموت أحد المتعاقدين وهذا
لانه ان مات المدعى فلو أبقينا الصلح أدى الى توريث المنفعة والمنفعة لا يجرى فيها الارث
(ألا ترى) أن الموصى له بالخدمة اذا مات لا يخلفه وارثه فى استيفاء المنفعة وأكثر ما فيه أن
يجعل الصلح كالوصية وان مات المدعى عليه فالعين صارت لوارثه والمنفعة بعد ذلك تحدث على
ملكه ويستحق عليه منفعة ملكه بغير رضاه فأما عند أبى يوسف رحمه الله فان مات المدعى
عليه لم يبطل الصلح وان مات المدعى فى سكنى الدار وخدمة العبد كذلك الجواب فأما فى لبس
الثوب وركوب الدابة يبطل الصلح وهذا الجواب عنه محفوظ فى الامالى ومن أصحابنا رحمهم
الله من يقول تأويله اذا ادعى عبدا فى يد غيره ثم صالحه على خدمته شهرا أو ادعى بيتا ثم
صالحه على سكنه شهرا فان الصلح على الانتكاريته على زعم المدعى وفى زعمه انه يستوفى المنفعة
بملكه الاصلى لان يملكها بمقد الصلح بعوض فلا يبطل ذلك بموته ولا بموت المدعى عليه
فأما اذا كان الصلح على خدمة عبد للمدعى عليه فيبغى أن يبطل بموت أحدهما كما ذكره فى
الكتاب مطلقا ومنهم من حقق الخلاف فى الفصول كلها ووجه قول أبى يوسف رحمه الله ما
ذكرنا أن المقصود بالصلح قطع المنازعة وفى ابطال هذا الصلح بموت أحدهما إعادة المنازعة
بينهما فلو جوب التحرز عن ذلك قلنا بأنه يبقى الصلح بعد موت أحدهما لانه ان مات المدعى
عليه فوارثه ينتفع بإبقاء هذا الصلح مثل ما كان المورث انتفع به وهو سقوط منازعة المدعى
فلو أبطلنا الصلح ربما لا يتمكن من تحصيل هذه المنفعة لنفسه بخلاف الاجارة وان مات المدعى
فوارثه يقوم مقامه فيما لا يتفاوت الناس فى استيفائه كخدمة العبد وسكنى البيت وربما لا يتمكن
من تحصيل ذلك لنفسه بعقده فإبطلنا الصلح فأما فيما يتفاوت الناس فيه كلبس الثوب وركوب

الدابة لا يمكن إقامة الوارث فيه مقام المورث للضرر الذي يلحق المالك فيه ولم يرض بالتزامه
فلهذا أبطلنا الصالح ويشبه هذا بالمنفعة اذا جعلت بدلا في الخلع أو الصالح من دم العمد والنكاح
فانه لا يسقط الحق عنها بموت أحدهما ولكن يستوفى المنفعة أو بدلها بعد الموت على حسب
ما تكلموا فيه فكذلك هنا وان صالحه على سكنى ببت فانهدم لم يبطل الصالح لان الاصل
باق والانتفاع به من حيث السكنى ممكن الا أن تمام المنفعة بالبناء فاذا رضى المدعى عليه بأن
يبنى البيت بماله فيه ليسكنه بقي الصالح بينهما ولكن للمدعى الخيار للتغيير وان شاء أبطل
الصالح وعاد على دعواه وان شاء أمضى الصالح وهذا قولهم جميعا والجواب في اجارة البيت
هكذا ولو صالحه من دعواه على كذا كذا ذراعا مسماة من هذه الدار لم يجوز في قول أبي حنيفة
رحمه الله وجاز في قولهما بمنزلة ما اشترى كذا ذراعا من الدار وقد بيناه في التبرع فان الصالح
على عين يكون بمنزلة البيع وكذلك ان صالحه على كذا كذا جريبا من الارض ولو ادعى أذرا
مسماة في الدار فصالحه منها على دراهم مسماة كان جائزا عندهم جميعا لان جهالة المصالح عنه
لا تمنع صحة الصالح كما لو ادعى حقا في دار ولم يسمه ثم صالح منه على شيء معلوم وهذا لان
المصالح عنه لا يستحق تسليمه بالصالح فجهاالة لا تفضي الى المنازعة ولو ادعى كل واحد منهما
في دار في يدي صاحبه حقا ثم اصطاحا على أن يسلم كل واحد منهما لصاحبه مافي يده بغير
تسمية ولا اقرار فهو جائز لان كل واحد منهما قابض لما شرط له بالصالح فلا حاجة الى
التسليم والجهالة انما تمنع اذا كانت تفضي الى منازعة مانعة من التسليم ولو ادعى رجل في أرض
رجل دعوى فصالحه على طعام بعينه مجازفة فهو جائز لان الطعام المعين يجوز بيعه وان لم يكن
معلوم القدر فكذلك الصالح عليه وكذلك لو صالح على دراهم بعينها بغير ذكر الوارث لان
مثله يصلح ثمنا في البيع فيصلح بدلا في الصالح أيضا ولو صالحه على عبد بعينه لم يره فهو بالخيار
اذا رآه لان المصالح عليه اذا كان عينا فهو كالمشترى بطريق البناء على زعم المدعى ولهذا
يستحق بالشفعة لو كانت دارا ومن اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه وكذلك الرد بالعيب
في الصالح بمنزلة الرد بالعيب في البيع حتى يرد المصالح عليه بالعيب اليسير والفاحش بطريق
البناء على زعم المدعي واذا تعذر الرد بالعيب رجع بحصة العيب في الدعوى لان رأس ماله في
حق المدعي عليه هو الدعوى والخصومة فكما ان عند الرد بالعيب يرجع في ذلك فكذلك
عند تعذر الرد بالعيب من الدعوى ولو استحق نصف العبد من يده كان بالخيار فيما بقي لعيب

التبعض فان رد ما بقي كان علي دعواه فان أمسك ما بقي منه كان علي تصف دعواه اعتبارا
لاستحقاق البعض بالكل ولو ادعى رجل في دار لرجل دعوى فصالحه عنه آخر بأمره
أو بغير أمره بانكار أو اقرار فان ذلك جائز ولا شيء للمصالح من حقوق المدعى انما يكون
ذلك للذي في يده الدار ولا يجب المال على المصالح الا أن يضمه الذي صالحه لان الصالح
على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال وذلك
جائز مع الاجنبي كما يجوز مع الخصم الا أن الاجنبي ان ضمن المال فهو عليه بالالتزام ولا
يدخل في ملكه بازاء ما التزم شيء لان المسقط يكون متلاشيا ولا يكون داخلا في ملكه
وان لم يلزمه المال بمطلق العقد ولكن ان كان الصالح بأمر المدعى عليه فالمال عليه لان الاجنبي
يعبر عنه (ألا ترى) انه لا يستغنى عن اضافة العقد اليه وان كان بغير اذنه فهو موقوف على
اجازته لان المال لم يجب للمصالح ولا يمكن ايجابه على المدعى عليه بغير رضاه والمدعى لم يرض
سقوط حقه الا بعوض يجب له فيتوقف على رضا المدعى عليه ولو لم يكن في صالح الاجنبي
الا العرف الظاهر وحاجة الناس الى ذلك لان المدعي عليه يتحرز من قبول ذلك مخافة أن
يجرى على لسانه ما هو اقرار لكان هذا كائنا لجواز هذا العقد فان صالحه علي عبد بعينه فوجد
به غيبا فردده أو استحق أو وجد حرا أو مدبرا أو مكاتبا عاد في دعواه ولم يكن له على المصالح
شيء لان هذا الصالح لو كان مع المدعي عليه كان يبطل بهذه العوارض ويعود المدعي على
دعواه فكذلك اذا كان مع الاجنبي وهذا لان العقد انفسخ بهذه الاسباب والتزام المصالح
كان بالعقد فاذا انفسخ العقد عاد الحكم الذي كان قبله وهو خصومة المدعي مع المدعى عليه
ولو صالحه علي دراهم مسماة وضمنها له فدفعها اليه فاستحققت أو وجد منها زيوفا أو ستوقا
فله أن يرجع بذلك على الذي صالحه دون الذي في يده الدار كما لو كان هذا الصالح مع المدعي
عليه وهذا لان المصالح التزم بالمال بالعقد دينا في ذمته حين ضمنه وبالرد بهذه الاسباب
ينتقض القبض لأصل العقد فيعود الحكم الذي كان قبل القبض وهو انه مطالب بتسليم
المال بسبب التزامه في ذمته ولو صالحه علي دراهم وضمنها ثم قال لا أوديها أجبرته على أن
يؤديها اليه لانه التزم بالضمان والزعيم غارم وشرط على نفسه أن يؤدى المال والوفاء بالشرط
لازم خصوصا اذا كان الشرط في عقد لازم ولو لم يكن ضمنه لم يكن عليه شيء ولكن الصالح
موقوف عليه فان قبل لزمه المال وان رد فالصالح باطل ولو ادعى في دار رجل حقا فصالحه

على دراهم ودفعها اليه ثم استحققت الدار من يد المدعي عليه كان له أن يرجع بدراهمه لان هذا الصالح مبني على زعم المدعي وفي زعمه انه أخذ الدراهم عوضا عن الدار فاذا استحققت كان عليه رد المقبوض من البذل كالمبيع اذا استحق وان جعلناه مبنيًا على زعم المدعي عليه ففي زعمه أنه أعطى المال بغير عوض وان له حق الاسترداد وكذلك لو صالح عنه غيره وضمن المال رجوع المصالح بدراهمه لان بعد الاستحقاق ثبوت حق الرجوع بسبب أداء المال وانما يثبت لمن أدى ولو استحق نصفها أو ثبت معلوم فيها أو جميعها الاموضع ذراع لم يكن للمصالح أن يرجع بشيء من الدراهم لاني لأدرى لعل دعواه فيما بقي دون ما استحق وهذا الصالح مبني على زعم المدعي وهو يتمكن من أن يقول انما كان حقي مابقي وقد صالحتك عنه فلماذا لا يرجع بشيء من الدراهم بخلاف ما اذا استحق جميع الدار وان ادعى في بيت في يد رجل دعوى فصالحه من ذلك على أن يبيت على سطحه سنة فهو جائز لان في زعم المدعي انه يستوفي ملك المنفعة باعتبار ملك الاصل ولم يذكر ما اذا صالحه على أن يبيت آخر بعينه سنة والجواب في ذلك انه يجوز أيضا لما استشهد به فقال (الأثرى) انه لو استأجره جاز وقد بينا أن ما يستحق من المنفعة بعقد الاجارة يجوز استحقاقه بعقد الصلح قال الحاكم رحمه الله وقد تأوله بعض مشايخنا رحمهم الله على السطح المحجر لانه اذا كان بهذه الصفة فهو موضع السكنى عادة فيجوز استجاره لمنفعة السكنى قال رضي الله عنه والاصح عندي أنه يجوز على كل حال لان السطح مسكن كالارض ولو استأجر أرضا معلومة من الارض لينزل فيه مدة معلومة جاز فكذلك السطح وهذا لانه يتمكن من السكنى عليه بنصب خيمة فيه أو نحوها ولو ادعى نصف الدار وأقر بأن نصفها لذى اليد فصالحه ذو اليد على دراهم مسماة ودفعها اليه ثم استحق نصف الدار رجوع عليه بنصف الدراهم لان في زعم المدعي أن الدار كانت بينه وبين المدعي عليه نصفين والمستحق نصف شائع فيكون من النصيبين وبه تبين انه استحق نصف ما وقع الصلح عليه فيرجع بنصف الدراهم لو كان المدعي لم يقر لذى اليد بحق فيها أو قال نصفها لي ونصفها لفلان وقال المدعي كذبت بل نصفها لي والنصف الآخر لأدرى لمن هو أو قال كلها لي ونصفها لفلان لم يرجع عليه بشيء من الدراهم لانه لم يستحق شيئا وقع الصلح عنه بزعم المدعي فهو يقول انما صالحت عن النصف الذي بقي في يدك وقد بينا أن الصلح على الانكار مبني على زعم المدعي واذا كانت الدار وديعة في يد المدعي فصالح المدعي من

دعواه فيها على شيء لم يرجع به على المودع لانه كأجنبي آخر في التزام المال بالصالح فقد كان
 متمكنا من أن يثبت بالبينة أنه مودع فيها لتندفع الخصومة عنه الا أن يكون أمره بذلك
 حينئذ يرجع عليه لانه عامل له بأمره فيرجع عليه بما يلحقه من المهددة وإذا صالح الرجل من
 دعواه في دار لم يماينها الشهود ولا عرفوا الحدود أو صالحه من دعواه في دار بغير عينها
 ثم خاصمه في دار وزعم أنها غير التي صالحه عنها وقال المدعي عليه هي تلك تحالفا وترادا الصالح
 وعادا في الدعوى لان الصالح عقد محتمل للفسخ بالاقالة فاذا اختلفا في عين ماتناوله العقد
 تحالفا وترادا كالتبايعين اذا اختلفا في عين المبيع ولو أن دارا في يدى ورثة ادعى رجل فيها
 حقا وبعضهم غائب فصالح الشاهد منهم المدعي على شيء مسمي من جميع حقه فهو جائز لانه
 في حصة شركائه متبرع بالصالح وقد ذكرنا ان صالح المتبرع جائز اذا التزم العوض والدار
 المورثة على حالها لان المدعي مسقط لحقه بما يأخذ من العوض غير متملك شيئا ممن يأخذ
 منه العوض فلا يرجع هذا الصالح عليهم بشيء لانهم لم يأمره بدفع شيء ولو كان صالح
 على أن يكون حقه له خاصة دون الورثة فهو جائز أيضا لان المدعي يملك ما يدعيه لنفسه من
 الذى يصلحه بما يستوفى من العوض والصالح مبنى على زعمه فيجوز ثم يقوم هذا المصالح
 مقام المدعي فيما بينه وبين شركائه على حجة المدعي فان أثبت له ملك شيء معلوم بالحجة ثبت
 ملكه في ذلك بالشراء واذا لم يكن له بينة فله أن يرجع على المدعي بحصة شركائه التي لم يسلم
 له لان المدعي عاجز عن تسليم ذلك اليه والصالح مبنى على زعمه فيتحقق عجزه عن التسليم في
 ذلك القدر فيبطل الصالح فيه ويرجع بما يقابله من البذل (ألا ترى) أن رجلا لو ادعى دارا
 في يدى رجل فصالحه رجل منها على عبد على أن تكون الدار له ثم خاصمه الذى في يديه
 الدار فلم يظفر بشيء كان له أن يرجع على المدعي بالعبد أو بقيمته ان كان هلاك عنده لان العقد
 ينفسخ بينهما لتعذر تسليم المعقود عليه بزعمهما ولو أن رجلين ادعيا دارا في يدى رجل وقالا
 ورثناها عن أبينا وجحدهما الرجل ثم صالح احدهما عن حصته من هذه الدعوى على مائة
 درهم فأراد شريكه أن يشركه في هذه المائة لم يكن له ذلك لان الملك لو كان ظاهرا لهما
 في الدار فباع أحدهما نصيبه لم يكن للآخر أن يشاركه في ثمنه فكذلك اذا صالح احدهما
 من نصيبه مع انكار ذى اليد وليس للآخر أن يأخذ من الدار شيئا الا أن يقيم البينة لان
 ذا اليد يقبوله الصالح مع الانكار لا يصير مقرا بحق المصالح فيما صالحه عنه فكيف يصير

مقرا بحق غيره فيما لم يقع الصلح عنه وذكر ابن رستم رحمه الله في نوادره أن أبا يوسف رحمه الله قال يشاركه وقال محمد رحمه الله لا يشاركه وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن المصالح يزعم أنه يأخذ بجهة الميراث عن أبيه ولهذا كان مصروفا إلى دين الأب لو ظهر عليه دين ولا يختص أحد الابنين بشيء من ميراث الأب فلا آخر حق المشاركة معه في المقبوض باعتبار زعمه ولو صالح أحدهما من جميع دعواهما على مائة درهم وضمن له تسليم أخيه فإن سلم الأخ ذلك له جاز وأخذ نصف المائة لأن الصلح في نصيب أخيه كان موقوفا على اجازته فإذا أجازه جاز ويجعل كأنهما باشرا الصلح فالبديل بينهما نصفان وإن لم يجز فهو على دعواه ورد المصالح على الذي في يديه الدار نصف المائة لأن الصلح قد بطل في نصيب أخيه برده ولو ادعى دارا في يدي رجل فقال هي لي ولاخوتي فأقر ذو اليد بذلك ثم اشترى منه نصيبه لم يكن لاخوته أن يشاركوه في شيء من الثمن لأنه إنما يأخذ العوض عن نصيبه خاصة وأبو يوسف رحمه الله يفرق بين هذا وبين الصلح فيقول هنا بقية الورثة تتركون من أخذ نصيبهم من الميراث أو أخذ العوض عنه بالبيع فالقول بقطع الشركة لا يؤدي إلى تخصيص بعض الورثة في بدل شيء من الميراث بخلاف الصلح على ما قررنا ولو ادعى دارا في يدي رجل فاصطالحا فيها على أن يسكنها ذو اليد سنة ثم يدفعها إلى المدعي فهذا جائز بمنزلة ما لو اصطالحا على أن يسكنها المدعي سنة ولم يسلمها لذي اليد وهذا في جانب المدعي ظاهر لأنه يزعم أن رقبته ومنفعتها له فهو بهذا الصلح يبطل ملكه عن رقبته ويبقى ملكه في مقدار ما شرط لنفسه من المنفعة فأنما يستوفي ذلك بحكم ملكه وذلك جائز وكذلك إن كان يستوفيها بحكم عقد الصلح كما لو صالحه على سكنى دار أخرى سنة وأما في جانب المدعي عليه فقيه بعض اشكال لأنه يزعم أن رقبته ومنفعتها له وأنه يملكها من المدعي بعد سنة والتملك لا يحتمل التعليق بالشرط ولا الإضافة ولكننا نقول هذا الصلح مبني على زعم المدعي وفي زعمه أنه يعبرها من ذي اليد سنة ثم يأخذها منه والمدعي عليه يجعل مملكا رقبته منه في الحال مبقيا منفعتها سنة على ملكه وهو أنما يستوفي بحكم ملكه وذلك جائز (ألا ترى) أن من أوصى لغيره بسكنى داره سنة ثم مات صارت الدار لورثته وبقيت السكنى على حكم ملك الموصى يستوفيها الموصى له باخلائها له وكذلك لو باع الدار المؤجرة والمشتري يعلم بالأجارة فإنه يملك رقبته وتبقى منفعتها على حق البائع حتى يملكها المستأجر عليه بالاستيفاء ويكون الأجر للبائع فهذا مثله وإن كان

للمدعى فيها شركاء لم يحز صلحه عليهم وهم على حجتهم في اثبات أنصباهم لانه لا ولاية للمدعى عليه على شركاء المدعى لملك انصباهم منه وكذلك لو كان هذا الصلح في أرضه على أن يزرعها ذو اليد خمس سنين على أن رقبته للمدعى فهو جائز لما قلناه ولو اشترى دارا فاتخذها مسجدا ثم ادعى رجل فيها دعوى فصالحه الذى بنى المسجد والذين بين أظهرهم المسجد فهو جائز لانهم ينتفعون بهذا الصلح ولو صالحه من لا ينتفع به كالفصولى والتزم المال كان الصلح جائزا فاذا صالحه من ينتفع به كان الى الجواز اقرب وكذلك لو باع الدار أو وهبها لابن صغير أو جعلها مقبرة أو غيرها عن حالها ثم صالح عنها المدعى فهو فيما يلتزم من المال بالصلح لا يكون دون فضولى فيجوز ذلك منه واذا أنكر المدعى عليه دعوى المدعى بعد الاقرار ثم صالحه جاز الصلح لانه لا يعتبر بانكاره بعد الاقرار فهذا صلح على الاقرار وهو جائز بالاتفاق وان أنكر فى الابتداء وصالح ثم أقر أنه كان محقا فى دعواه فالصلح ماض وهو آثم بالجهود لكونه كاذبا فيه ظالما ولكن الصلح من المدعى اسقاط لحقه بموضع وقد بينا أن جهود الخصم لا يمنع صحة الاسقاط من المسقط بغير عوض (ألا ترى) أن الطالب لو أبرأ المدينين وهو جاحد للدين كان ابراؤه صحيحا فكذلك جهوده لا يمنع صحة الاسقاط بموضع وهذا لان الاسقاط تصرف من المسقط فى حقه (ألا ترى) ان انكار المرأة للنكاح لا يمنع صحة الطلاق من الزوج بموضع كان أو بغير عوض وكذلك انكار القتال لا يمنع صحة العفو من الولي لهذا المعنى ولو ادعى دارا فى يد رجل فصالحه منها على خدمة عبد سنة ثم أعتقه صاحبه جاز عتقه لان العبد باق على ملكه وان صارت خدمته للمدعى واعتاقه فى ملك نصيبه نافذ كالوارث اذا أعتق العبد الموصى بخدمته نفذ وكان صاحب الخدمة على حقه لان خدمته صارت مستحقة له بعقد لازم والعتق لا ينافى بقاءها ولو أعتقه المدعى لم ينفذ عتقه لانه مالك للخدمة ونفوذ العتق باعتبار ملك الرقبة وهو من رقبته كأجنبي آخر فلا ينفذ عتقه لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملك ابن آدم ولو أن رب العبد باعه لم يحز بيعه لانه عاجز عن تسليمه فلا ينفذ بيعه فيه لحق صاحب الخدمة كالأجر اذا باع العبد المؤجر أو الوارث اذا باع العبد الموصى بخدمته أو الراهن اذا باع المرهون ولصاحب الخدمة أن يؤجره للخدمة لما بينا أنه ملك خدمته بعقد معاوضة فهو كالمستأجر يملك أن يؤجر قال وله أن يخرج بالعبد من المصر الى أهله وقد ذكرنا فى كتاب الاجارات أن من استأجر

عبدًا ليعلمه فليس له أن يسافر به (قال رضي الله عنه) وكان شيخنا رحمه الله يقول تأويل ما قال في كتاب الصلح أن أهل المدعى إذا كانوا في بعض القرى القريبة من المصر والمدعى عليه يعلم ذلك أو كان هو على جناح السفر والرجوع إلى أهله وقد علم ذلك المدعى عليه فيعتقد يكون هو راضيا بإخراجه العبد إلى أهله لأن الإنسان إنما يستخدم العبد في أهله وتأويل ما قال في كتاب الاجارات أنه إذا لم يكن ذلك معلوما للآجر عند عقد الاجارة فلا يكون راضيا بإخراج العبد وتكليفه خدمة السفر لأن الخدمة في السفر أشق منها في الحضر (قال رحمه الله) والذي يترأى لي من الفرق بين الفصلين أن في باب الاجارة مؤنة الرد على الآجر بعد انتهاء العقد لأن المنفعة في النقل كانت له من حيث أنه يقر حقه في الآجر والمستأجر إذا سافر بالعبد فهو يريد أن يلزم المؤاجر ما لم يلزمه من مؤنة الرد فأما هنا مؤنة الرد ليست على المدعى عليه لأنه زعم أنه يملك الخدمة بغير شيء فهو كالموصي له بالخدمة فإن مؤنة الرد عليه دون الوارث فالمدعى هنا بإخراجه إلى أهله يلتزم مؤنة الرد لأن يلزم المدعى عليه شيئا فهذا كان يخرج به ولو ادعى رجل في حائط رجل موضع جذوع أو ادعى في داره طريقا أو مسيل ماء فجعله ثم صالحه على دراهم معلومة جاز لأن المصالح عليه معلوم وجهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح فإن تسلمه بالصلح لا يصير مستحقا ولو ادعى رجل حقا فصالحه من ذلك على طريق في داره أو على مسيل ماء أو على أن يضع على حائط من داره جذعا فالصلح على الطريق جائز لأن المصالح عليه إذا كان عينا فهو كالبيع وبيع الطريق جائز لأن المصالح عليه إذا كان مما لا يقع فيه منازعة يجوز وبيع المسيل لا يجوز لأنه مجهول فإن كان مسيل ماء الميزاب فذلك يختلف بقلّة المطر وكثرته والضرر بحسبه يختلف وإن كان مسيل ماء الوضوء فذلك يختلف أيضا بقلّة الحاجة اليه وكثرتها فكذلك بيع موضع الجذع من الحائط لا يجوز للجهالة فاستتجار الحائط لوضع الجذع عليه لا يجوز أيضا وقد بينا أن من لا يستحق بالبيع والاجارة فالصلح عليه لا يجوز ولو صالحه على شرب نهر شهرا لم يجز لأن بيع الشرب بدون الارض جائز فكذلك الصلح عليه لأن ما هو المقصود يختلف بقلّة الماء وكثرته وجريان أصل الماء في النهر على خطر ومقداره غير معلوم ولو صالحه على أن يسيل ماء فيها لم يجز لأن مقدار ذلك لا يستحق بالاجارة فكذلك لا يستحق بالصلح عليه بخلاف ما إذا صالحه على عثر نهر بأرضه أو على عثر بئر أو عين فالصلح عليه هنا جزء معلوم رقبة

النهر واستحقاقه بالبيع جائز فكذلك بالصلح عليه وكذلك لو ادعى عثر نهر أو بئر فصالحه منها على مال معلوم فهذا إلى الجواز أقرب ولو ادعى في دار في يد رجل دعوى فصالحه من ذلك على عبد ومائة درهم وقيمة العبد مائة درهم ثم استحق العبد رجوع في نصف دعواه لانه لو استحق جميع ما وقع الصلح عليه بطل الصلح في الكل وعاد على رأس الدعوى فكذلك اذا استحق نصف ما وقع الصلح عليه وإن كان الذي في يديه الدار أخذ من المدعى ثوبا رجع المدعى في نصف الدعوى ونصف الثوب لأن من جانب المدعى شيئين المدعى وهو مجهول والثوب وهو معلوم والمعلوم اذا ضم إلى المجهول فلا طريق إلى الانقسام سوى المناصفة والمدعى عليه بدل المائة والعبد فكان بإزاء العبد نصف الثوب ونصف المدعى بإزاء المائة فكذلك عند استحقاق العبد يرجع المدعى بما يقابله وهو نصف الدعوى ونصف الثوب ولو كان استحق الثوب رجوع الذي في يديه الدار بحصة الثوب من قيمة العبد والدرهم ثم ينظر كم ادعى من الدار فيعود ذلك إن كان معلوما ويقوم الثوب فإن كانت قيمتهما سواء رجع بنصف العبد ونصف المائة لأن الثوب والمدعى من جانب المدعى فيتوزع عليهما المائة والعبد فاذا استوفى القيمة كان بمقابلة الثوب ونصف المائة وقد استحق الثوب فيرجع بما يقابله وإن اختلفا في قدر الحق في الدار فقال الطالب كان لي نصف الدار وقال المدعى عليه بل كان لك عشرينها فالقول قول الذي الدار في يديه مع يمينه لانكاره الزيادة وأصل المدعى وهو الدار والصلح كان باعتباره فاذا وقعت الحاجة إلى معرفة مقداره كان القول قول المنكر مع الزيادة (الآثرى) أنه لو باع من رجل طعاما بمائة درهم ودفعها وقبض الطعام ثم وجد به عيبا فردّه فقال البائع كان طعامي الذي بعتك كره حنطة وقال الرجل كان نصف كره فالقول قول المشتري مع يمينه ومعنى هذا الاستشهاد أن الصلح على الإنكار مبني على زعم المدعى وفي زعمه أن المدعى عليه اشترى منه نصيبه من الدار بما أعطاه من بدل الصلح فاذا وقع الاختلاف في مقدار المشتري جعل القول قول المشتري كما في مسألة الطعام وكذلك لو اشترى شقفا في دار بعبد فاستحق العبد فقال الذي قبض الشقص كان المبيع ثلث الدار وكان للآخر نصف الدار فالقول قول الذي في يديه الدار لأن الاختلاف بينهما في مقدار المشتري فالخاص أن المشتري قابض للمشتري بالقدوم متى وقع الاختلاف في مقدار المقبوض يجعل القول قول القابض لانه لو أنكر القبض أصلا كان القول قوله فكذلك اذا أنكر قبض

الزيادة ولو كانت دار في أيدي ثلاثة نفر في يد كل واحد منهم منزل منها وساحتها على حالها
 واختصموا فيها فلكل واحد منهم مافي يده والساحة بينهم أثلاثا لأن مافي يد كل واحد منهم
 الظاهر يشهد له والبناء على الظاهر واجب ما لم يتبين خلافه وحقهم في الساحة على السواء
 لأن كل واحد منهم مستعمل للساحة في حوائجه والاستعمال يد فلهذا قضى بالساحة بينهم
 أثلاثا فان اصطاحوا قبل أن يقضى بينهم على أن لفلان نصف الساحة وكل واحد من الآخرين
 وبها فهو جائز لانه صلح عن تراض فيما لا يمكن فيه معنى الربا فيجوز كيفما اتفقوا عليه وكذلك
 ان اشترط أحدهم لنفسه نصف المنزل الذي في يد صاحبه جاز لأن ذا اليد يصير مملكا
 نصف منزله منه بعوض معلوم وذلك صحيح قل العوض أو كثر ولو كانت الدار في يد رجل
 منها منزل وفي يد آخر منزل وقال أحدهما الدار بيني وبينك نصفان وقال الآخر بل هي
 كلها لي فللذي ادعى جميعها مافي يده ونصف مافي يد صاحبه والساحة بينهما نصفين لأن
 صاحبه يدعي النصف من جميع الدار شائئا فيكون ما عينا نصف كل جزء بعينه من الدار
 والقول للذي في يده جزء معين منها فهو يدعي نصف ذلك ولا مدعى للنصف الآخر
 سوى من يدعي جميعها ولا منازع له في ذلك فيأخذ نصف مافي يده والساحة كذلك موضع
 معين منهما في يد كل واحد منهما نصفه شائئا فمدعى النصف مدع جميع مافي يده من الساحة
 فالقول في ذلك قوله فلهذا كانت الساحة بينهما نصفين والمنزل الذي في يد مدعي الجميع صاحبه
 يدعى نصفه ولا يستحق مافي يد الغير بمجرد الدسوى ما لم يقيم البيئته وذو اليد يدعى جميع
 ذلك المنزل فلهذا كان له جميع مافي يده فان اصطاحوا قبل القضاء على أن تكون الدار بينهما
 نصفين أو على الثلث والثلثين فهو جائز لوقوع الاتفاق والتراضي على شيء معلوم وكذلك
 لو اصطاحوا بعد القضاء فهو جائز بطريق التملك من كل واحد منهما من صاحبه بعد ما
 قضى له به بعوض ولو كان أحدهما نازلا في منزل من الدار الآخر في علو ذلك المنزل
 وادعى كل واحد منهما جميعها فلكل واحد منهما مافي يده والساحة بينهما نصفان لأن العلو
 مسكن على حدة كالسفل فهما كبيتين من أبنائ أحدهما منديل بالآخر وقد بينا في البيتين
 والمنزليين أن لكل واحد منهما مافي يده والساحة بينهما نصفان لثبوت يدهما عليها بالاستعمال
 ولا يقام الساحة أرض من صاحب السفل فينبغي أن يكون هو أولى بها لأن
 ثبوت اليد لا يكون بالقبول بالاستعمال بل بالاحتياج بالدار، تشمل لما كان صاحب السفل فان

اصطلاحا قبل القضاء أو بعده على أن لصاحب السفل العلو ونصف الساحة ولصاحب العلو السفل ونصف الساحة جاز لوجود المبادلة بينهما في العلو والسفل بالتراضي والساحة بينهما نصفان كما هو قضية الحكم وإذا كان الحائط بين داري رجلين وكل واحد منهما يدعي أنه له ولكل واحد منهما عليه جذوع وجذوع أحدهما أكثر من جذوع الآخر كان للآخر أن يزيد في جذوعه حتى تكون جذوعه مثل جذوع صاحبه لأن يد كل واحد منهما ثابتة على الحائط وأنه مستعمل له بوضع حمل مقصود عليه ينبنى الحائط لأجله فإن الحائط تبني لوضع ثلاثة جذوع عليه كما ينبنى لوضع عشرة من الجذوع عليه فكان الحائط بينهما نصفين لاستوائهما في اليد عليه ولأحد الشريكين أن لا يسوى نفسه بصاحبه في الانتفاع بالملك المشترى وللمساواة هنا طريقتان أما رفع فضل جذوع صاحبه أو بأن يزيد في جذوعه والرفع غير ممكن بهذا النوع من الظاهر لأن الظاهر حجة لدفع الاستحقاق على الغير وكان له أن يزيد في جذوعه حتى تكون جذوعه مثل جذوع صاحبه ولكن هذا إذا كان الحائط يحتمل ذلك فإن كان لا يحتمل فالوضع يكون بمنزلة هدم الحائط وليس له أن يهدم الحائط المشترك وقد تقدم بيان هذه الفصول وما فيها من اختلاف الروايات في كتاب الدعوى والاقرار وليس لواحد منهما أن ينبنى على هذا الحائط ويفتح فيه كوة وجمعه كوى ولا باباً لأن أصل الحائط مشترك بينهما وفتح الباب والكوة يكون رفعا لبعض الحائط وهو لا يتمكن من أن يرفع جميع الحائط بغير رضا صاحبه فكذلك لا يتمكن من رفع البعض وهذا لأن فتح الباب والكوة يوهن البناء ويظهر أثر ذلك في الثاني أن كان لا يظهر في الحال ولا كذلك بناء الحائط عليه لأن فيه وضع حمل زائد على حائط مشترك وفيه ضرر على الحائط لاحتالة ولو أراد أن ينبنى في حائط ساحة مشتركة لم يملك ذلك بغير إذن صاحبه فهذا أولى ولو اصطلاحاً على أن يكون الحائط بأصله لأحدهما وعلى أن يكون للآخر موضع جذوعه وعلى أن ينبنى عليه حائطا مسمى معروفا يحمل عليه جذوع علو مسمى فهو باطل لأنه إنما يستحق بالصلح ما يجوز استحقاقه بالبيع أو الاجارة ومثل هذا لا يصير مستحقاً بالبيع والاجارة لمعنى الجهالة على ما قررنا فكذلك لا يجوز أن يقع عليه الصلح وإذا اختصا في حائط وكان مخوفاً فاصطلاحاً على أن يهدماه أو على أن يبنياه على أن لأحدهما ثلثه وللآخر ثلثيه فالنفقة عليهما على قدر ذلك وعلى أن يحملا عليه من الجذوع قدر ذلك فهو جائز لانهما تراضيا على

ما هو معلوم في نصيبه على ما يجوز أن يكون مبيعا فكذلك الصالح عليه ولو كان بيت في يد رجل له سطح فادعى رجل فيه دعوى فاصطالحا على أن يكون البيت لأحدهما ويكون سطحه للآخر فهذا لا يجوز اذ سطحه لا بناء عليه وبعبارة أخرى لا يجوز فانه يبيع الهواء فكذلك لا يجوز الصالح عليه وقد ذكرنا قبل هذا انه لو صالح على أن يبيت على سطح سنة فهو جائز فنحمل ذلك الجواب على سطح محجر فهو لا يحتاج الى الفرق بين الفصلين والفرق أن هناك المصالح عليه السطح دون المنفعة فاذا لم يكن عليه بناء فهو عبارة عن الهواء وهو لا يملك بالصالح كما لا يملك بالبيع ولو كان عليه بناء أو حجرة فاصطالحا على أن يكون لأحدهما علوه وللآخر سفله جاز لان كل واحد من البيتين يجوز استحقاقه بالبيع فكذلك بالصالح عليه ولو كانت دار في يد قوم في يد كل واحد منهم ناحية منها فاختصموا في درج فيها معقود بازج سفلهما وهو في يد أحدهما وظهر الدرج طريق للآخر الى منزله فانه يقضى بالدرج كلها لصاحب السفلى لان الظاهر شاهد له فانها في يده غير ان لصاحب العلو طريقا عليها على حاله لان صاحب اليد بالظاهر يدفع الاستحقاق ولا يستحق ابتداء وقد عرفنا طريق صاحب العلو على هذا الدرج فلا يكون له أن يمنع طريقه بالظاهر كما لو كان لانسان حائط وللآخر عليه جذوع فان كان متصلا ببناء أحدهما اتصال وضع فاختلغا فيه فالخائط لصاحب الاتصال ولكن تترك جذوع الآخر على حالها لانه بالظاهر لا يستحق رفع جذوع الآخر ولو كان روشن على رأس هذه الدرجة منهم من يقول روشن وهو على منزل صاحب السفلى وهو طريق لصاحب العلو وعرف ذلك فاختصموا فيه فالروشن كله لصاحب العلو لا السفلى لانه بمنزلة سقف منزله فيكون في يده ولكن صاحب العلو المحجر عاينه على حاله لما بينا أن بالظاهر لا يمنع الممر الذي كان معروفا له ولو كان بيت سفلى في يد رجل وبيت علو عليه في يد آخر فسقف السفلى وهو اديه وجذوعه وبوابه كله لصاحب السفلى لان صاحب السفلى مستحق للبيت والبيت انما يكون بيتا بسقف والظاهر أن الذي يبنى البيت يجعله مسقفا ولصاحب العلو سكنه في ذلك كله لانه بالظاهر لا يمنع ان كان معلوما بانسكنى فكذلك الدرج والروشن ولو اصطالحا على أن يكون للرجل والروشن بينهما نه سفين جاز ذلك قبل القضاء وبعدة لتراضيهما عليه ولو أن بيتا في يد رجل وبقية بيته في يد آخر وكل واحد منهما مقر لصاحبه بما في يده فهي البنايات جميعا فاصطالحا على أن يبيت كل واحد بيته على

مثل ما كان عليه فهو جائز لانهما اصطلاحا على ما يوافق الشرع فان على كل واحد منهما اصلاح ملكه شرعا ويؤمر صاحب السفلى بالبناء هنا لانه هدم بناء السفلى ولو هدمه بغير شرط أجبر على بنائه لحق صاحب العلو فاذا كان عن شرط فهو أولى بخلاف ما اذا سقط بناء السفلى فانه لا يجبر صاحب السفلى على بنائه لانه يلحقه فيه مؤنة لم يرض بالتزامها ولكن يبنى صاحب العلو السفلى ثم يبنى عليه علوه ولا يسكنه صاحب السفلى حتى يؤدي اليه قيمة البناء وقد بينا هذا في الدعوى واذا كان لرجل نخلة في ملكه فخرج سعفها الى ملك غيره فأراد الآخر قطع سعفها فله ذلك لانه شاغل لهواء ملكه وكان له أن يطالبه بالتفريغ فهذا مثله الا أنه انما يتمكن من قطعه اذا كان لا يتمكن صاحب النخلة من أن يجوز الى هواء ملكه فان كان يتمكن من ذلك امره به لان مقصوده تفريغ هواء ملكه وذلك يحصل بهذا الطريق فليس له أن يلحق الضرر لصاحب النخلة في قطع سعفها فان صالحه رب النخلة على أن يترك السعف على دراهم مسماة لم يجز لان هذا لا يجوز استحقاقه من هواء ملك الغير بالبيع والاجارة فكذلك لا يجوز استحقاقه بالصلح وهذا لانه تمليك جزء من الهواء بعوض وهو غير معلوم في نفسه اذ ان السعف يطول بمضى الوقت . ولو أن نهرا بين قوم فاصطاحوا على كربه أو بوضع مشاة أو قنطرة عليا على أن يكون النفقة عليهم بحصصهم فهذا جائز كله عليهم لانهم يجبرون على ذلك لو لم يصطاحوا اذا كان فيه ضرر عام فان رفع الضرر واجب فاذا اصطاحوا كان الى الجواز أقرب فان كان بحيث لا يضرهم تركها ففي القنطرة والمشاة لا يجبرون على ذلك لانه تدبير في الملك وهو منقوض الى رأى المالك وانما يجبرون على ازالة الضرر العام فان ليس فيه ضرر عام لا يجبرون عليه وأما الكرى فاني أجبر عليه لان في تركه ضررا عاما فان للناس في النهر حق السقي فيتضررون بانقطاع ذلك عنهم ولا يصل اليهم ملك المنفعة الا بالكرى ولا امام أن يجبر الشركاء فيه على الكرى وتقام هذا في كتاب الشرب . ولو ادعى زراعا في أرض رجل مما مله من ذلك الزرع على دراهم فهو جائز لانه صلح على الانكار وقد بينا أن المدعي بنس الدعوى صار حقا للمدعى في جواز الاعتياض عنه ولم يعارضه المدعي عليه بانكاره فلا يبطى عليه هذا الحق بمعارضته اياه بانكاره لان ذلك ليس بحجة في حق المدعى في ابطال حقه . وكذلك لو ادعى نصفه وان كانت بيع نصف الزرع قبل الافراك يجوز لان استناع جواز البيع لماعلى البائع من الضرر في التسليم وهنا لا يوجد هنا ولان النصف

الآخر من الزرع لصاحب الأرض ويبيع نصف الزرع من شريكه قبل الإدراك جائز ولو
 كانت أرض لرجلين فيها زرع لهما فادعاه رجل فجحداه ثم صالحه أحدهما على أن أعطاه
 مائة درهم على أن يسلم نصف الزرع للمدعى لم يجوز لأن المدعى عليه يصير مملكا نصف
 الزرع قبل الإدراك من غير شريكه بعوض وذلك لا يجوز ولأن نصف الزرع والأرض
 للذي هما في يديه فلو جوزنا هذا الصالح صار نصف الزرع للمصالح فيجبر على قلعه وتفريغ
 أرض الآخر منه ولا يتأتى ذلك إلا بقلع الكل وفيه من الضرر على الآخر مالا يخفى
 وكذلك هذا في البيع وكذلك النخل والشجر إذا كان مشتركاً بين اثنين فباع أحدهما نصيبه
 من غير شريكه لم يجوز ذلك وقد بينا هذا في البناء في كتاب الشفعة فهو مثله في النخل والشجر
 ولو ادعى رجل سقفاً في دار في يد رجل فصالحه منه على سكنى بيت من هذه الدار معلوم
 عشر سنين فبر جائز لأن ما وقع عليه الصالح بمنفعة معلومة ببيان المدة فإنه أجره من الذي
 صالحه جازي قول أبي يوسف رحمه الله لم يجوز في قول محمد رحمه الله وهذا بناء على الفصل
 المتقدم أن عبد محمد رحمه الله استحق هذه المنفعة بالصالح كاستحقاقها بالأجارة ولهذا قال
 يبطل الصالح بموت أحدهما كما تبطل الأجارة ثم المستأجر إذا أجر المؤجر من الآخر لا يجوز
 فكذلك هنا إذا أجره من الذي صالحه لا يجوز وعند أبي يوسف رحمه الله استحقاقه هذه
 المنفعة باعتبار ملكه بناء على زعمه لا باعتبار العقد فكما يملك الاعتياض عنه مع غير الذي
 صالحه بالأجارة منه فكذلك يملك مع الذي صالحه ولهذا قال أبو يوسف رحمه الله إن وارثه
 يخلفه بعد موته في استيفاء هذه المنفعة ولا يبطل الصالح بموت أحدهما ثم على قول محمد رحمه الله
 إذا استأجر الذي كان في يديه فكان عنده حتى مضى الأجل لم يجب عليه الأجرة ولكن
 يبطل الصالح ويعود المدعى على دعواه لقوات المتعود عليه في ضمانه قال ولو باع هذا السكنى
 بيعاً من رجل لم يجوز بيع السكنى وهذا فصل مشترك فإن لفظ البيع يملك به الرقبة وملك
 الرقبة سبب بملك المنفعة فكان ينبغي أن يجوز استعادة لفظ البيع لتملك المنفعة به مجازاً كما أنه
 يجوز المسكاح بلفظ الهبة والبيع بهذا الطريق وزعم بعض أصحابنا رحمهم الله أن تأويل هذه
 المسئلة فيما إذا أطلق البيع في السكنى وبين المدة وإنما يفسد لترك بيان المدة كما لو صرح بلفظ
 الأجرة (يرحمه الله) والاصح عندنا أن الشراب مطلق على ما قل في الكتاب وإنما

امتنع جواز بيع السكنى لانعدام المحل لا لقساد الاستعارة فالمنفعة معدومة في الحال واجباها
 ليس في مقدور البشر والمعدوم لا يكون محلا لاضافة العقد اليه فالشرع أقام الموجود وهو الدار
 المتنع بها مقام المنفعة في جواز اضافة عقد الاجارة اليها فأما لفظ البيع ان أضيف الى الدار
 فهو تملك لمينها وان أضيف الى المنفعة فالمعدوم لا يكون محلا لاضافة العقد اليه سواء كانت
 الاضافة بلفظ الاجارة أو بلفظ البيع حتى لو قال الحر لرجل بعتك نفسي شهرا بكذا لعمل
 فمذه اجارة صحيحة قل فكذلك لو صالحه الذي كانت الدار في يده من هذه السكنى على
 دراهم فهو جائز لانه لو صالحه في الابتداء على الدراهم يجوز فكذلك اذا صالحه على سكنى
 معلومة تم منها على دراهم وهذا على أصل أبي يوسف رحمه الله ظاهر لانه لو استأجره منه
 بدراهم جاز فكذلك اذا صالحه ومحمد رحمه الله يقول الصلح يمكن تصحيحه بطريق اسقاط
 الحق فأما الاجارة فلا يمكن تصحيحها الا بطريق التملك واذا كان يملك هو عليه المنفعة
 بجهة المعاوضة فيملك أن يملكه منه بمثل تلك الجهة وكذلك لو صالحه من الدراهم على دنائير
 وقبضها فهو جائز لار انصالح عليه اذا كان نقدا فهو كالتنقيد والاستبدال بالتمن قبل القبض
 جائز لكن بشرط قبض الدنانير قبل الافتراق لأن ثبوت صرف ولانه لو فارة قبل القبض
 كان افتراقا عن دين بدين ولو قبض البعض ثم تفرقا جاز بمقدار ما قبض ويرجع بمحبة
 ما بقي من الدراهم اعتبارا للبعض بالكل قال والاقرار من المدعى للذي في يديه انشئ به على
 وجه الصلح لا يمتنع من الدعوى اذا بطل الصلح بوجه من ادجوه لما يدا أن الاقرار ان
 ثبت فاما يثبت ضمنا للصلح وما يثبت ضمنا للشيء يبقى بقاءه ويبطل بطلانه كالتوصية بالحياة
 في ضمن البيع والاقرار به من الذي هو في يديه عند الصلح للمدعي يوجب رده عليه اذا
 بطل الصلح لانه اقرار مقصود وكان يجب العمل به قبل تمام الصلح فكذلك بعد بطلان
 الصلح قال وكل شيء وقع الصلح عليه مما لو استحق رجوع بقيته فله أن يبعه قبل أن يقبضه
 بمزلة الصداق وبذل الخلع والصلح عن دم العمد لانه لم يبق في الملك المطلق للتصرف
 عذر يمكن التحرز عنه فاز ما يملكه لا يبطل بالهلاك ولكن يتحول الى القيمة وكل شيء يرجع
 فيه عني دعواه فليس له أن يبعه قبل القبض لبقاء الفر في الملك المطلق لتصرف كما
 في البيع وفي العقار الخلاف معروف في جواز البيع قبل القبض وقد بيناه في البيوع
 فكذلك اذا وقع الصلح عليه وفي ادعى دارا في يدى رجل حقا فصالحه من ذلك على

عبدین فدفع اليه أحدهما ومات الآخر في يده فالمدعي بالخيار ان شاء رد العبد الذي قبضه وعاد في دعواه وان شاء أمسك ورجع في حصة العبد الميت لان الصفقة تفرقت عليه قبل القبض والتمام فان تمام الصفقة بقبضها وقد بينا أن الصلح على الإنكار مبنى على زعم المدعي وهو كما لو اشترى عبدین فهلك أحدهما قبل القبض. ولو كان ادعى في أرض حقا فصالحه منها على أرض أخرى باقرار فقرت الأرض التي وقع الصلح عليها فان شاء المدعي رضى بها وان شاء تركها ان كان قد نقصها العرق لان ما وقع عليه الصلح بمنزلة المبيع وقد تعيب قبل التسليم فان غرقت الأرض التي كان ادعى فيها قبل أن يصل اليها المصالح ونقصها العرق فهو بالخيار أيضا لان الصلح على الاقرار محض معاوضة فكان المدعي عليه مشتر للمدعي به وقد تعيب قبل انقبض فله الخيار وان كان الصلح وقع على الإنكار لم يكن له فيها خيار لان في زعم المدعي ان المدعي عليه غاصب بمجرد وانه بالصلح كالمشتري فصار قابضا بنفس الشراء وانما تعيب بعد ذلك. ولو ادعى سكنى في دار وصية من رب الدار في حقه أو أقرب به ثم صالحه منه على شيء جائز وان كان الموصى له بالسكنى لا يجوز لان تصحيح الصلح بطريق استقاط الحق بعوض ممكن والاصل فيه أن الصلح صحيح بطريق المعاوضة ان أمكن وان أتم ذلك تصحيح بطريق الاستقاط كما لو صالح من الألف على خمسمائة وكذلك لو صالحه على سكنى دار أخرى فانه يصح هذا الصلح بطريق الاستقاط لما أتمر تصحيحه بطريق التملك فان مبادلة السكنى لا تجوز ولو ادعى دارا في يد رجل فصالحه منها على دراهم مسماة أو على شيء من الحيوان على أن يزيد الآخر كرمية لمدة وليس عنده طعام لم يجز لان ما تبين عليه الصلح مبيع وبيع ماليس عند الانسان لا يجوز قال (اللاتري) أنه أو باع عبدا بدراهم واشترط للمشتري مع العبد طعاما يعطيه إياه وليس عنده كان البيع باسدا لهذا المعنى. ولو ادعى في دار رجل طرفا فصالحه منها على دراهم أو على طريق في دار أخرى كان جائزا بعد أن يبين أن الطريق بمنزلة البيع ولو كان له باب في غرفة أو كوة وآداه جاره وخاصة فافتدى من خصومته بدراهم وصالحه عليها فالصلح باطل وله أن يترك بانه وكوته على حالهما قال لانهما في غير ملك أحد ومعنى هذا أن الباب والكوة يكون برفع بعض الحائط والحائط خالص ملائكة ولو رفعه كله لم يكن لجاره أن يمنعه من ذلك فكذلك اذا رفع بعضه بهذا يتبين أن الجار ظالم له مدع بالباطل وانه أخذ منه ما لا يكف عن ظلمه وذلك حرام ولهذا ألزمه

باب الصلح في الشفعة

(قال رحمه الله) قد ذكرنا في كتاب الشفعة ان صلح الشفيع مع المشتري على ثلاثة أوجه في وجه يصح على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفي وجه لا يصح ولا تبطل شفעתه وهو أن يصالح على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن لان حصته مجهولة ولا تبطل شفעתه لانه لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة بهذا الصلح وفي وجه تبطل شفעתه ولا يجب المال وهو أن يصالح على أن يترك الشفعة بمال يأخذه من المشتري فهنا تبطل شفעתه لوجود الاعراض منه عن الاخذ بالشفعة ولا يجب المال لان ملك المشتري في الدار لا يتغير بهذا الصلح بل يبقى على ما كان قبل الصلح وترك الشفعة ليس بمال ولا يؤل مالا بحال فلا عتياض عنه بالمال لا يجوز بخلاف القصاص فان نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص وبالصلح تحدث له العصمة في حقه فيجوز أن يلزمه بمقابلته ولو صلح المشتري الشفيع على ان اعطاه الدار وزاده الشفيع على الثمن شيئا معلوما فيه وجائز لان تسليم الدار بالشفعة بثمن بغير قضاء يكون بيما مبتدأ والثمن الذي وقع عليه التراضي معلوم فكأنه بائنه منه صريحة بما سمي من الثمن واذا اختصم في الشفعة ثريك وجار فاصطاحا على أن أخذاما نصفين وسلمهما المشتري جاز كما لو باعها منهما ابتداء واذا اشترى الرجل دارا خفاصة بـ رجل في شتص منها وطلب الشفعة فيما بقي ثم صلح المشتري على نصف الدار بنصف الثمن على أن يبرأ من الدعوى فهو جائز بمنزلة البيع المبتدئ فان بيع نصف الدار منه بالثمن ابتداء صحيح وشريط البراءة من الدعوى لا يبطل البيع اذا لم يكن مشروطا فتصحیح هذا بهند ممكن بأن كان للمدعي جزء من هذا النصف فيكون المدعي تاركاً للدعوى فيه باقداً على الشراء ابتداء وقايضا ان شاء الشقص بحقه مشترياً لما زاد عليه بما سمي من الثمن أو هو الحال في ذلك الشقص لعرض نردية مشترياً فيما زاد عليه ولو ادعى في داره يدرجل حقاً وادعاهما كما فصالحه على دارهم فلا شفعة للشفيع فيها لان المدعي عليه يزعم أن الدار له على قدم المساواة وزعمه فيما في يده معتبر فكما لا يتم كمن المدعي من أخذ مافي يده باعتبار زعمه فكذلك الشفع رقد ينأ أن باقداً على الصلح لا يصير مقراً للمدعي بالدار وأما النزم البذل فداء

لئيمنه . وان خاصمه في الشفعة فسلم له نصف الدار بنصف الثمن الذي صالح عليها المدعى جاز كما لو باعه منه ابتداء ولو اشترى أرضا فسلم الشفع الشفعة ثم جحد التسليم وخاصمه فصالحه علي ان أعطاه نصف الدار بنصف الثمن جاز وهذا والبيع المبتدأ منه سواء وكذلك لومات الشفع ثم صالح الورثة المشتري على نصف الدار بنصف الثمن جاز كالبيع المبتدأ واذا ادعى الرجل شفعة في دار فصالحه المشتري على أن يسلم له داراً أخرى بدراهم مسماة على أن يسلم له الشفعة فهذا فاسد لا يجوز لانه بائع الدار الأخرى منه وقد شرط فيه تسلم الشفعة وهو شرط ينتفع به أحد المتعاقدين فاذا شرط في البيع فسد العقد كما لو باعه عبدا بألف درهم على أن يسلم له الشفعة ولو ادعى شفعة في عبد فصالحه المشتري على أن يسلم نصف العبد بنصف الثمن وهو معلوم عندهما جاز لانه بيع مبتدأ والبيع ينقذ بلفظ التسليم وبفعل التسليم وان لم يكن هناك لفظ كما هو مذهبنا في انعقاد البيع صحيحا بالتعاطي والله أعلم بالصواب

باب الصالح الفاسد

(قال رحمه الله) واذا ادعى الرجل في دار حقا فصالحه ذو اليد على عبد الى أجل فالصالح فاسد لان تصحيح الصالح على الانكار بطريق البناء على زعم المدعي وفي زعمه أنه يملك العبد لغير عينه بعوض هو مال وذلك فاسد فان قيل الحيوان يثبت دينا في الذمة في العقود المبنية على التوسع في البذل كالنكاح والخلع والصالح على الانكار بهذه الصفة تنا لا كذلك ولكن الحيوان لا يثبت دينا في الذمة بدلا عما هو مال وإنما يثبت بدلا عما ليس بمال (ألا ترى) أن الغرة وجبت شرعا في جنين الحرة دون جنين الامة وهذا لان مقابلة ما ليس بمال بمال لا يثبت ثبوتا صحيحا بل يرد بين الحيوان والقيصة ومقابلة ما هو مال لا يمكن اثباته بهذه الصفة ثم الصالح على الانكار في المصالح عليه غير مبني على التوسع (ألا ترى) انه لا يثبت في الذمة مع جهالة الصفة وانه يرد بالغيب اليسير والتأخس فكذلك لا يثبت الحيوان فيه دينا فان كان صالحه من حقه فقد أقر له بالحق ولكن لم يبين مقداره فالقول فيه قول المدعى عليه بعد أن يقر بشيء لا نكراه الزيادة بمنزلة ما لو قال لفلان على حق وان كان صالحه من دعواه لم يكن ذلك اقرارا لان الدعوى قد تكون حقا وقد تكون باطلا (ألا ترى) انه لو قال لفلان على دعوى لا يصير مقرا له بشيء بهذا اللفظ بخلاف قوله لفلان على حق فكذلك

لو صالحه على دراهم مسماة الى الحصاد وما أشبهه لان الصلح فيما يقع عليه الصلح كالبيع واشترط هذه الآجال المجهولة منفسد للبيع ولو ادعى رجل في عبد رجل دعوى فصالحه على غلته شهرا فهذا فاسد بخلاف ما اذا صالحه على خدمته شهرا لان الخدمة معلومة ببيان المدة وهي مقدورة التسليم لصاحب العبد فأما الغلة فمجهولة المقدار في نفسها غير مقدورة التسليم لصاحب العبد لانه ما لم يؤجره من غيره لا تحصل الغلة له وذلك لا يتم به وحده وبعد ما أجره لا تجب الغلة الا بسلامة العبد في الشهر ولعله يمرض أو يموت فهذا بطل الصلح وكذلك الصلح على غلة الدار وثمره النخل فاسد لانه مجهول وهو على خطر الوجود بخلاف الوصية فانها أخت الميراث فمثل هذه الجهالة لا تمنع صحتها أما الصلح فهو بمنزلة البيع والاجارة فيما يقع الصلح عليه ومثل هذه الجهالة تمنع الاستحقاق بالبيع والاجارة وعلى هذا لو صالح من دعواه على شرب يوم من هذا النهر في الشهر من غير أن يكون له حق في رقبته فانه لا يجوز والوصية بمثله تجوز لما قلنا . ولو ادعى قبل رجل ألف درهم دينافصالحه منها على عشرة دنانير الى أجل لم يجز مقرا كان أو جاحدا أما اذا كان مقرا فلان هذا صرف بالنسيئة وكذلك لو صالحه منها على طعام موصوف مؤجل أو غير مؤجل وفارقه قبل القبض فهو باطل لانه دين بدين والدين بعد المجلس حرام لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي وكذلك لو صالحه من غيره فهو في هذا المعنى وصالح المدعي عليه سواء ولو ادعى عليه ألف درهم سودا فصالحه منها بعد الإنكار على ألف درهم بخية الى سنة لم يجز لان البخية لها فضل فالبخية الجياد التي هي تقديت المال سميت بذلك لانه يقال لمن يملكها يخ نخ ثم جعل هذا الفضل عوضا عن الاجل ومعاوضة المال بالاجل لا يجوز وفي نظيره نزل قوله تعالى لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة ولو ادعى عليه بخية فصالحه على سود مثلها أو أقل حالا أو موجلا فهو جائز لان صاحب الحق هو المحسن اليه من كل وجه حيث أبرأه عن فضل الجودة ولو أبرأه عن بعض المقدار وأجله فيما بقي جاز أيضا واذا كان الاحسان كله من جهته لا يتحقق معنى المعاوضة بينهما ولو باع عبدا بألف درهم سود ثم صالحه على ألف ومائة زهرجة أو زيوف حالة أو الى أجل كاره ذلك باطلا لان ما شرط من زيادة القدر عوض عن الاجل أو عن صفة الجودة فان الزيوف دون السود في الجودة ومثل هذه المعاوضة ربا شرعا وكذلك لو صالحه منها على ثيء مما يكال أو يوزن بغير عينه لم يجز لان المكيل

والموزون اذا قابلته الدراهم يكون مبيعاً وهو يبيع ما ليس عند الانسان وذلك باطل قبض
 في المجلس أو لم يقبض ولا يمكن تصحيحه سلماً وان ذكر شرائط السلم لان رأس المال دين
 وعقد السلم برأس مال هو دين لا يجوز . ولو كان لرجل قبل رجل ألف درهم غلة فصالحه
 منها على خمسمائة بخية تقداً وتقدها اياه فهو جائز في قول أبي يوسف رحمه الله الاول باعتبار
 انه يجعل كل واحد منهما محسناً الى صاحبه بطريق الاسقاط فساحب الحق أبرأه عن
 خمسمائة والمديون أعطى ما بقي أجود مما عليه وهذا منه احسان في قضاء الدين وذلك مندوب
 اليه واذا كان المقصود بالمصالح قطع المنازعة اذا أمكن تصحيحه لا يجوز ابطاله وهنا تصحيحه
 بطريق ممكن فلا يحل على المداوضة وان تفرقا قبل أن يتبعض له خمسمائة من غلة الكوفة لانه
 أبرأه عما بقي وانما تبقى الخمسمائة في ذمته بالصفة التي كانت على الابراء والمجازاة على الاحسان
 مطلوبة بطريق . لكن غير مستحق ديناً ثم رجع قتال السلاح باطل وهو قول أبي حنيفة
 ومحمد رحمه الله لانهما صرحا بالمداوضة فانه أبرأه من الخمسمائة بشرط أن يسلم لابنته
 الجودة فيما بقي ومداوضة الدراهم بالجودة لا يجوز ومع الصريح بالمداوضة لا يمكن عمله على
 البراءة المبتدأة كما اذا باع درهما بدرهمين لا يجعل أحد الدرهمين هبة ليحصل مقصودهما واذا
 كان لرجل علي رجل ألف درهم فصالحه منها على مائة درهم على أن يبيعه بها عند الترساؤ
 على أن يؤجره بها هذه الدار أو صلحهما على أن يبيعها له أو شرط أن يبيعه له ففسد ما به
 النبي صلى الله عليه وسلم عن صفتين في هبة وقد يدان الصالح . مع البيع واشتراط ع
 أو اجارة في البيع يكون مفسداً له وكذلك لو صلحهما على دار أو شرط أن يسكنها اليه
 الدين سنة أو على عبد وشرط خدمته سنة فهو مفسد لانه شرط في تسليم دين
 أو شرط أحد المتعاقدين منفعة لنفسه من ملك صاحبه رد . سنة البيع والاحارة فكذلك
 يفسد الصالح ولو ادعى رجل في غم رجل دعوى فصاله ففعلها هو ففسد الذي على ظهورها
 أن يحزه من ساعته فهو جائز في قول أبي يوسف رحمه الله ولا يجوز في قول محمد رحمه الله
 لان المصالح عليه اذا كان معاً فهو كالبيع ربيع التصرف على ظهر الغنم باطل فكذلك المصالح
 (الآثرى) انه لو صلح على صوف على ظهر شاة أخرى بهما لم يحز لهذا المسمى وابو يوسف
 رحمه الله يقول تصحيح هذا الصالح باعقداً زعم المدعي . ممن لا يزعم أن التصرف باسائة
 ما كاه وانه يترك للمدعي عليه انظر ما كاهه ربيعاً ببيعاً ما كاهه به . وذلك

فيما بقي وان كان رأس المال خمسة دنانير فصالحه منها علي عشرين دينارا خمسة منها رأس مال
 السلم جاز لان في حق السلم هذا صالح على رأس المال وما وراء ذلك بمقابلة المائة وهو
 صرف مقبوض في المجلس فيكون جائزا وذكر عن أبي اسحاق الشيباني رحمه الله قال سألت
 عبد الله بن مغفل وفي رواية معقل عن رجل كان لي عليه عشرة اكرار حنطة فاشتريت
 بها منه أرضا فقال لي خذ رأس مالك وانما أورد هذا لبيان أن الاستبدال بالمسلم فيه قبل
 القبض لا يجوز ثم عندما بقي عليه طعام السلم بحاله آن الشراء والصالح اذا بطل صار كالمعدوم
 وكأنه ذهب الى انهما تصدا اسقاط طعام المسلم لي عوض فيعتبر قصدهما بحسب الامكان
 ورد رأس المال متعين لذلك ولكن ما ذكرنا أقوى وعن طاوس رحمه الله قال أسلم رجل
 الى رجل في حلل دق فأراد أن يعطيه ملل جل كل حلتين بحلة فسأله ابن عباس رضي الله عنهما
 عن ذلك فكرهه وبه نأخذ فان هذا استبدال بالمسلم فيه لان الثياب من أنواع مختلفة وأجناس
 مختلفة وعن أبي سعيد نخدرى رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع مافي
 بطون الانعام وعن بيع مافي ضررها الا مكىلا يعنى الا مكىلا بعد الحلب وعن بيع العبد
 الآبق وعن بيع ضرية القانص وعن بيع الصدقة حتى قبض وعن بيع المنعم حتى يقسم وبذلك
 كله نأخذ فان بيع نصيبه قبل القسمة باطل لانه بيع قبل الملك وكذلك بيع الصدقة قبل
 القبض وبيع ضرية القانص وبيع العبد الآبق باطل للعجز عن التسليم وبيع مافي بطون
 الانعام ومافي ضررها باطل للغرر والجهالة وعن محمد بن زيد قال سألت ابن عمر رضي الله
 عنهما فقلت اني أسلمت الى رجل ألف درهم وقال ان أعطيتني برا وبكدا وان أعطيتني
 شعيرا فبكدا فقال سم في كل نوع وزنا فان أعطاك فذاك والا فخذ رأس مالك وبه نقول اذ
 مثل هذه الجهالة والتردد يمنع صحة السلم وانه لا يأخذ بطريق الصالح الا سلمه أو رأس ماله
 وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه نهى عن بيع اللبن في الضرع والحمل في البطن وان صالحه
 عن سلمه على رأس ماله ثم صالحه من رأس المال على شيء آخر يداً بسلم يجوز ذلك لان حال
 رب السلم مع المسلم اليه بعد الاقالة كما ان لم يله مع رب السلم قبل قبض رأس المال وكما
 ان الاستبدال برأس المال قبل القبض لا يجوز فكذا بعد الاقالة قبل الرد الا انهما يفترقان
 من حيث ان قبض رأس المال واجب في المجلس وبعد الاقالة لا يجب تبض رأس المال في
 المجلس وكان ذلك بمعنى الدينية فان الدين بالدين حرام أو لمقتضى انظر السلم فهو أخذه عاجل

بأجل وذلك غير موجود في الاقالة وليس من ضرورة كونه غير مستحق القبض في المجلس
 جواز استبدال به كالمسلم فيه وعن زفر رحمه الله الاستبدال بعد الاقالة جائز لانه دين
 سبب وجوبه القبض فجوز الاستبدال به كبديل القرض والغصب وهذا هو القياس ولكما
 تركناه لما بينا ولقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذوا من أموالكم وأولادكم ولا تأخذوا من أموالكم
 برأس المال بعد الاقالة فان أخذوا غير سلامه غير رأس ماله وذلك ممتنع شرعا ولو أسلم رجل
 الى رجل درهم في نسيء سلماء سداه نفرته كان له أن يأخذ بدرهمه مبادله يدا بيد لانه دين
 سبب وجوب القبض وعندنا سلم كان مطلا في الاصل وإنما يلزمه رد المقبوض باعتبار القبض
 والاستبدال ببديل القرض فان جله في شيء من الوزن الى أجل مسمى فهو فاسد لانه دين
 بدين فالمقبوض صار مملوكا مع فساد العقد بلقبض ومثله صار ديننا في ذمته فالمسلم يضاف
 الى ذلك الدين ولو ادعى عبدا في يد رجل ثم صالحه منه على دراهم أو دنائير مؤجلة والعبد
 قائم أو هالك فهو جائز لانه ان كان قائما بعينه فهو بيع العبد بثمن مؤجل في زعم المدعى وان
 كان هالكا فالراجح هو القيمة والقيمة دراهم أو دنائير فهذا تأجيل في بدل المقتضوب وذلك
 جائز وقد يباهي الصرف وان صالحه على طعام مؤجل جاز ان كان العبد قائما بعينه لان
 الطعام حتى كان ديننا بمقابلة العبد يكون ثمننا ولم يجوز ان كان هالكا أما عند أبي يوسف ومحمد
 رحمهما الله فظاهر لان الواجب هو القيمة فيكون بائنا ما ليس عنده لان الطعام اذا قبول
 بالدارهم والدنائير يكون مبيعا وعند أبي حنيفة رحمه الله ما يقع الصلح عليه يكون بدلا عن
 العبد على ما بيناه في الصلح عن المقتضوب الهالك على أكثر من قيمته انه جائز عنده ولكن
 العبد الهالك في معنى الدين لان ما لا يمكن الوقوف على عينه فهو دين فيكون ذلك دين بدين
 فانما كان فاسدا ولو لم يكن فيه أجل جاز ان كان بعينه أو بغير عينه فدفعه اليه قبل أن يتفرقا
 عن عين بدين وذلك جائز وهو دليل لأبي حنيفة رحمه الله فانه لو كان ما يقع عليه الصلح
 بدلا عن القيمة لم يجوز ان قبض في المجلس اذا كان ديننا عند العقد لانه بيع ما ليس عند الانسان
 وارفاقه قبل أن يقبض ولم يكن بعينه والعبد هالك بطل لهما افتراقا عن دين بدين وكذلك
 ان صالحه على ثياب مؤجلة والعبد هالك لم يجوز لانه دين بدين وهو فاسد شرعا والله أعلم
 بالصواب

باب المهايأة

(قال رحمه الله) اعلم بأن القياس يأب جواز المهايأة لأنها سبادة المنفعة بجنسها وكل واحد من الشريكين في نوبته يذتفع بملاك شريكه عوضا عن امتناع لشريكه بملكه في نوبته ولكن تركنا القياس وجوزنا ذلك للكتاب والسنة * أما الكتاب فإمرأه تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهذا هو المهايأة * وما السنة فما روى أن الرجل الذي خضب ثلث البئر ماء بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلوات الله عليه ماذا له مدقه قال اصبر زرى هذا قال صلى الله عليه وسلم ما تصنع بازاءك ان لم يستعملك على ما شئت وان لم يستعملك على ما شئت وهذا تفسير المهايأة ولان السامع يجوز استحقاقها بالمقد بعوض ربغير عوض فلا عيان ثم فسد في الاعيار المشتركة عند امكان التميز جائزة فكانت في المنافع مشتركة وهذا يجبر القاضي شرده على المهايأة اذ طلب ذلك بعضهم رأى البعض ان أبي لم يطلب قسمة العين والاصل ان اخذت حصصا بعد اسم في خصصها بحكم يدعيه من اسم سم فسد في المنافع لما اختصت باسم مهايأة فذلك دليل على اختصاصها بمعنى يدعيه هذا الاسم وهو ان وصول نصيب أحدهما اليه يسبق وصول نصيب الآخر اليه بخلافه فلهذا العمد ليس كالأجارة في جميع الاحكام لان في الاجارة يستحق المنفعة العين بالمدونة ما يستوفيه كل واحد منهما ما بل يجعل في الحكم كأنه كأنه منفعة مالكه على ما هو موضوع القسمة من العين وكون معنى الماوضات فيه بيعا وليس في عين الجارية أيضا هذا المعنى ولان الرؤية لا يتعلق بها الاستحقاق ويتعلق بالمهايأة فمن هذا الوجه تشبه الاجارة ولكن الاستحقاق في المهايأة دون الاستحقاق في الاجارة على معنى ان هناك لا ينفرد أحدهما بالفسخ بغير عذر وهنا يملك أحد الشريكين فسخ المهايأة بطلب القسمة لان الاصل فيما هو المقصود وهو تمييز الملك قسمة العين والمهايأة خلوعه (ألا ترى) ان في الابتداء لو طلب أحدهما قسمة العين لم يشتغل القاضي بينهما بالمهايأة فكذلك في الانتهاء اذا طلب ما هو الاصل وهو قسمة العين لا تستدام المهايأة بينهما ثم العارية والاجارة تبطل بموت أحدهما وقسمة الشراكة تبطل بموت أحدهما عند محمد وعند أبي يوسف رحمه الله لا تبطل والمهايأة لا تبطل بموت أحد الشريكين لانا لو ابطالناها احتجنا الى اعادتها فالشريك الحي أو وارث الميت طالب لذلك ولا فائدة في تقضى شيء يحتاج الى اعادته في الحال ثم المهايأة قد تكون بالمسكان وقد تكون بالزمان فصورة

المهايأة بالمكان فيما بدى الباب به قال دار بين رجلين تهايا فيها على أن يسكن كل واحد
 منهما منزلا معلوما وأن يواجر كل حصه منزله فهو جائز ولا حاجة الى بيان المدة في صحة هذا
 العقد لان المهايأة قسمة المنفعة المشتركة وفي قسمة العين لا حاجة الى بيان المدة فكذلك في
 قسمة المنفعة المشتركة ولان الحاجة الى بيان المدة في الاجارة لمعرفة مقدار ما يستحق من
 المنفعة من تلك العين على وجه به تنقطع المنازعة وكل واحد منهما هنا يستوفي المنفعة باعتبار
 انه ملكه والمنازعة تنقطع ببيان منزل لكل منهما ثم ان كانا شرطيا في المهايأة أن يواجر كل
 واحد منهما منزله فذلك جائز وان لم يشترطا في ظاهر المذهب لكل واحد منهما أن
 يفعل ذلك في نصيبه وما يستوفي من الغلة حلال له وكان أبو علي النشاشي رحمه الله يقول
 ليس لكل واحد منهما الا ما شرط لان كل واحد منهما منافع بنصيب صاحبه حقيقة
 فالمنزل الذي في يده مشترك بينهما وليس ذلك بحكم المعاوضة بينهما لان معاوضة المنفعة
 بنفسها لا يجوز فعرفنا أن ذلك بطريق الاباحة والاعارة والمستعير لا يواجر بمطلق العقد
 ووجه ظاهر الرواية أن المهايأة قسمة المنفعة فايصيب كل واحد منهما من المنفعة يجعل مستحقا
 له باعتبار قديم ملكه لان المنفعة حيز واحد لا يتفاوت بمنزلة القسمة في المكيل والموزون
 وهو يملك الاعتياض عن المنفعة المملوكة له لانه جهة غيره سواء شرط ذلك أو لم يشترط
 وليس لأحدهما أن يحدث في منزله بناء ولا ينقضه ولا يفتح بابا في حائط ولا كوة الا
 برضا صاحبه لان العين تبقى مشتركة بينهما كما كانت قبل المهايأة ، أحد الشريكين لا يستبد
 بشيء من هذه التصرفات في الملك المشترك ما لم يرض به صاحبه وبالمهايأة انما تثبت القسمة
 في المنفعة نفيا ليس مع المنفعة حالهما بعد المهايأة كما قبلها وكذلك لو تهايا على أن يكون
 السقف في يد أحدهما والعلو في يد الآخر لان كل واحد منهما مسكن بمنزلة المنزلين في
 علو أرضه وركبته أي في الدارين على السكينة والغلة جائز وكان الكرخي رحمه الله
 يقول المراد اذا تراضوا عليه فأما عند طلب بعض الشريك فالقاضي لا يجبر على ذلك عند
 أبي حنيفة رحمه الله بزيادة القسمة لانه في كتاب القسمة ان قسمة الجبر لا تجرى
 في يد رذيل حنيفة رحمه الله بزيادة القسمة لانه في كتاب القسمة ان قسمة الجبر لا تجرى
 عند طلب بعض الشريك ان القسمة في المهايأة لا تليق بالمنفعة دون العين ومنفعة المكي
 تقاربه ولا تتفاوت ايميراج خلاف قسمة العين فإلزامه في المالك منقولة وشرور

تختلف في المالية باختلاف المكان والجيران ولهذا كان لكل واحد منهما أن يواجر ما في يده
ويأكل غلاته لأن المنفعة سالمة له بهذه القسمة باعتبار قديم ملكه (الآثرى) أن في الدارين إذا
غلت ما في يد أحدهما أكثر مما غلت ما في يد الآخر فليس لواحد منهما أن يرجع على صاحبه
بشيء بخلاف الدار الواحدة فهناك إذا تهايا فيها على الاستغلال فكانت غلة نصيب أحدهما في
نوبته أكثر فذلك الفضل بينهما لأن في الدارين معنى القسمة والتميز بالتراجع على معنى أن كل
واحد منهما يصل إلى المنفعة والغلة في الوقت الذي يصل إليه صاحبه فما يستوفيه كل واحد
منهما عوض عن قديم ملكه يستوجبه بعقده فيسلم له وفي الدار الواحدة كل واحد منهما بمنزلة
الوكيل من صاحبه في اجارة نصيبه في نوبته إذا تهايا على الاستغلال فانما يكون ذلك بالزمان
وأحدهما يصل إلى الغلة قبل وصول الآخر إليها وذلك لا يكون قضية القسمة فلا بد أن يجعل
كل واحد منهما بمنزلة وكيل عن صاحبه وما يقبضه كل واحد منهما عوض عما يقبض صاحبه
من عوض نصيبه فمعد التفاضل يثبت التراجع فيما بينهما ليستويا بوضع هذا أن الفرق على
ما ذهب إليه الكرخي رحمه الله أن في المهايأة في الدارين يعتمد التراضي عند أبي حنيفة
رحمه الله ظاهر وعندهما قسمة الجبر في الدارين عند أبي حنيفة رحمه الله لا تجرى إلا إذا
رأى القاضى المصلحة فيه وعند التراضي يسلم لكل واحد منهما ما رضى به صاحبه وفي الدار
الواحدة لا يعتبر التراضي في المهايأة فلا بد من اعتبار المعادلة فيما هو المقصود بالمهايأة فلهذا
يتراجعان فضل الغلة والمهايأة في النخل والشجر على كل الغلة باطل لأن غلة النخل والشجر
لا يجوز استحقاقها بعد الاجارة فلا تستحق بالمهايأة أيضا وهذا لانها عين تبقى بعد حدوث
ويتأني فيها قسمة العين وانما جواز المهايأة فيما لا يتأني فيها القسمة بعد الوجود حقيقة أو ما
يكون موصفا منه كغلة الدار ونحوها ولهذا لا تجوز المهايأة في الغنم على الاولاد والابان
والأصواف لانها عين تحتمل القسمة بعد الوجود حقيقة ولو ادعى في دار حقا فتهيا على
أن ينزل يتنا منها من غير صلح على أن يكف عن الخصومة حتى يسدوله أن يخصم
على أنه لا يستحق من سكنى البيت شيئا ولا يلزمه بخروجه حق فذلك جائز لأن ذا اليد أعار
البيت والآخر تركه لخصومة زمانا ومثل هذا يجوز التراضي فيه ولا يتعلق بالزوم وكل
واحد منهما على حاجته إذا بدا له وانتهى على الخدمة في العدد أخذت توزع في الزمان هذا
شهر وهذا شهر لأن اعتبار المعادلة في قسمة الخدمة بالزمان ممكن ودلائل العبدان إذا تهايا

على أن يخدم هذا العبد أحدهما والعبد الآخر الآخر فذلك جائز أما عندهما فلان قسمة الجبر في الرقيق تجرى فكذلك في خدمة الرقيق وأما عند أبي حنيفة رحمه الله في الرقيق لا تجرى قسمة الجبر لان اعتبار المعادلة في المالية غير ممكن فانها تختلف بمكان باطنة لا يوقف على حدها وذلك لا يوجد في الخدمة والمهاياة في خدمة العبدین والمهاياة في خدمة العبد الواحد سواء ولو تهاينا على الغلة في العبدین لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله وجاز في قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله وفي العبد الواحد لا تجوز المهاياة في الغلة بالاتفاق فهما يقولان معنى القسمة والتميز يترجح في غلة العبدین لان كل واحد منهما يصل الى نصيبه في الوقت الذي يصل الى صاحبه فيجوز ذلك كما في المهاياة في الخدمة وفي غلة الدارين فأما في العبد الواحد فعنى المعاوضة يغلب لانه يصل أحدهما الى الغلة قبل أن يصل الآخر اليه وفيه معنى الخطر وربما يمرض العبد في نوبة أحدهما فيمجز عن الخدمة وربما يمتنع من الخدمة بدعوى الحرية ومعنى الخطر في المعاوضة مبطل له وبه فارق غلة الدار الواحدة لان باعتبار العادة هناك الغلة تسلم لكل واحد منهما في نوبته والغالب هو السلامة * توضيحه ان المهاياة في الغلة من وجه كالمهاياة في الخدمة لان الغلة بدل المنفعة ومن وجه كالمهاياة في غلة النخل لان ما يسلم لكل واحد منهما به عين فاشبهه بالمهاياة في الخدمة جوزنا ذلك في العبدین لترجح معنى القسمة فيها ولشبهه بالمهاياة في غلة النخل أبطلنا ذلك في العبد الواحد وأبو حنيفة رحمه الله يقول المقصود بهذه المهاياة سلامة سبب ملك الحيوان فلا يجوز كالمهاياة في غلة العبد الواحد وكالمهاياة في أولاد النعم وألبانها وهذا لان التهاؤ على الاستقلال لو كان يجوز في الرقيق لكان جوازه في العبد الواحد أولى لان معنى المعادلة والتميز فيه أظهر منه في العبدین فإذا لم يجز ذلك في العبد الواحد فأولى أن لا يجز في العبدین وهذا لان أدى في يد نفسه وربما لا ينقاد في الاستعمال وكل واحد منهما لا يتمكن من تحصيل ما هو المقصود بنفسه في نوبته أو فيما في يده من العبد وقيل هذه المسئلة تلبي على اختلافهم في قسمة الرقيق فالمقصود لكل واحد منهما المالية هنا فأبو حنيفة رحمه الله لا يرى قسمة الجبر في الرقيق وهما يريان قسمة الجبر في الرقيق فكذلك في غلة الرقيق ولهذا لا تجوز المهاياة في غلة العبد الواحد عندهم جميعا لان القسمة لا تجرى فيه بخلاف المهاياة للخدمة فالمقصود هناك المنفعة دون المالية فجاز ذلك في العبد الواحد والعبدین وإذا كانت جارية بين رجلين خاف كل واحد منهما

صاحبه عليها فقال أحدهما تكون عندك يوما وعندى يوما وقال الآخر بل نضعها على يدي
عدل فاني أجمعها عند كل واحد يوما ولا أضعها على يدي عدل الا بتراضيهما لان اليد مستحقة
الحل واحد منهما كالمالك فكما لا يجوز ابطال ملك العين عليهما بطلب أحدهما فكذلك ابطال
ملك اليد في التعديل ابطال اليد على كل واحد منهما ولان ما يخاف كل واحد منهما موهوم
والموهوم لا يعارض المتحقق وباعتبار الملك المتحقق لكل واحد منهما يستحق العبد في نوبته
فلا يجوز ابطاله عن يد ما هو موهوم فان تنازعا فيمن يبدأ به في هذه المهايأة فالرأى في ذلك
الى القاضى يبدأ بأيهما شاء كما في القسمة والمهايأة في الخدمة والسكنى للقاضى ان يبدأ بأيهما
شاء على وجه النظر دون الميل والاولى أن يقرع بينهما نفيا لتهمة الميل عن نفسه وقد بينا
أن فيما للقاضى أن يفعله بغير اقراع يستعمل القرعة لتطيب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل
عن نفسه وانتهائؤ على الركوب أو الغلة في الدابتين لا يجوز في قول أبي حنيفة رحمه الله فيما
يعلمه أبو يوسف رحمه الله عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز في الغلة كالركوب جميعا
أما في الغلة فهو بناء على التهاؤ في غلة العبيدين وقد بينا ذلك وانما صحت الراوية هنا عن
أبي حنيفة رحمه الله فقال فيما يعلم أبو يوسف رحمه الله لأن الدابتين في القسمة ليستا كالعبيدين
عند أبي حنيفة رحمه الله فقسمة الجبر في الدابتين تجوز ولا تجوز في العبيدين ولكن لما كان
المتصود أن ما يملكه كل واحد منهما بسبب ملكات أخيرا يشبه هذا التهاؤ في النظم على الاولاد
والالبان فكذلك لا يجوز له أبو حنيفة رحمه الله وأما الكلام في الرأية في ركوب الدابتين
فأبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقولان منفى الركوب في الدواب كمنفعة الخدمة في العبيد
والسكنى في الدار (ألا ترى) أنه متحقق في الدابة يسوز كذلك التهاؤ به عارة
فكما لا تجوز المهايأة في خدمة العبيدين فكذلك لا تجوز ركوب الدابتين وأبو حنيفة رحمه الله يقول
جواز المهايأة في خدمة العبيدين باعتبار معنى المعادلة والتمييز وذلك في ركوب الدابتين غير
ممکن فالناس يتفاوتون في ركوب الدابة فرب راكب يروض اسدابة ويثفلها الآخر ولهذا
لو استأجر دابة أو استعارها ليركبها هو لم يكن له أن يركب غيره وبهذا الطريق يتعذر اعتبار
معنى المعادلة بين الشريكين في الانتفاع بالدابتين ركوبا بخلاف الخدمة والسكنى وذلك لا يختلف
 باختلاف المستوفي (ألا ترى) أن من استأجر عبدا لخدمة كان له أن يوافجه من غيره
واذا ثبت بهذا الطريق أن التهاؤ على الدابتين في الركوب لا يجوز ثبت في الغلة بالطريق

الاولى لان استقلال الدواب بالامارة ممن يركبها وذلك غير معلوم عند المهايأة والضرر
 على كل دابة يختلف باختلاف من يركبها فلهذا لا يجوز وعلى هذا الخلاف التهاؤ في ركوب دابة
 واحدة لانهما لا يجوز ان التهاؤ في غلة دابة واحدة كما لا يجوز ان في غلة عبد واحد والتهاؤ
 في النعم على الابان والأولاد لا يجوز لان ذلك يزيد وينقص ووجود أصله على خطر وكل
 واحد منهما لا يتمكن من تحصيل ما هو المقصود لذاته فيما في يده والتهاؤ في دار وعبد على
 السكنى والخدمة جائز لان ما هو المقصود لكل واحد منهما يجوز استحقاقه بالمهايأة عند
 اتحاد الجنس فبذلك احتلاب الجنس أولى وعلى العلة باطل في قول أبي حنيفة رحمه الله وهو
 جائز في قولهما لان عند أبي حنيفة رحمه الله غلة العبد لا تستحق بالتهاؤ واعتبار هذا الجانب
 بطل العقد وإتار جانب غلة الدار يمكن التمسك من أحد الجانبين بفساد العقد
 كما راع دارا بألف درهم ورطل من حر ولو تهاؤ في أرض على أن يزرع كل واحد منهما
 غلاته منبعلوه ويؤجره جز مئة سكنى الدار ولها أن يبطل المهايأة ويفتسا اذا
 بدلها ولولا سد باب قسمة المسكن هو الاصل في الباب وتتمام التمييز به يحصل
 وورثتهما ذلك بمنزلهما في أيام التبريت تمام الميراث فيما هو من حصته كما لك اية في دار
 وأرض عن ان يسكن هذا دار ويزرع هذا الأرض وكذلك المهايأة في دار وملاكل
 واحدة من المفقطين يجوز استحقاقها بالمهايأة وإن كانت المهايأة في منزل واحد على أن يسكن
 أحدهما سفله والآخر ملوه فانهدم الملوكان لصاحبه أن يسكن مع صاحب السفلى لانه اما
 رضي بسقوط حقه عن سكنى السفلى بشرط سلامة سكنى الملو له ولم يسلم له حين انهدم فكان
 هو على حقه في سكنى السفلى باعتبار ملك نصيبه وورثته في ذلك بمنزلة من كانا تهاؤا على
 الخدمة في عبد أو أمة أو في عبد وأمة على أن تخدم الأمة أحدهما والعبد الآخر واشترطا
 على كل واحد منهما طام خادته في القياس وهذا لا يجوز لان مقدار ما يتناول من الطعام
 في نوبة كل واحد منهما غير معلوم والآدمي قد ينشط لاكل في وقت ولا ينشط في وقت
 آخر والطعام عليهما سواء لا يستواء ملكيهما فيه فلاتمكن في هذا الشرط مause بينهما فيما
 هو مجهول وفي العبد والأمة هذا ليس أرفع ولكن استحسن جواز ذلك لقلة التفاوت
 واعتبار ما عليه عادة الناس من المساهلة في أمر الطعام وإن اشترطا الكسوة بهذه الصفة لم
 يجز لكثرة التفاوت في الكسوة ولانه لا يجري في الكسوة من المساهلة ما يجري في

الطعام ثم كل واحد منهما بما يتناول يتقوى على الخدمة فالظاهر أن كل واحد منهما لا يمنع من تناول بقدر الكفاية لماله فيه من المنفعة والجمالة اذا كانت لا تنفضى الى المنفعة لا تفسد العقد ولا يوجد ذلك في الكسوة اذ ليس للكسوة تأثير في احداث القوة على زيادة الخدمة فان اقتنا من الكسوة شيئا معروفا لم يجوز ذلك لان التماوت يقل وينعدم بعدم بيان الوصف والمنفعة تنقطع به ولان معنى المعاوضة هنا فيما لا يتم معنى الزوم فيه فانه بناء على المهايأة وقد بينا أن حكم الزوم لا يتم بالمهايأة وفي مثله البيان الموصوف يثبت بالقسمة كما في الصداق ونحوه ولو كانت غنم بين رجلين فتهيأنا على أن يرعاها كل واحد منهما شهرا أو على أن يستأجر لها أجيرا جاز لان الرعي في الدواب بمنزلة الطعام في بي آدم أو أظن منه فالتفاوت ينعدم هنا والحر والعبد في ذلك سواء ولي الصغير بمنزلة الصغير في ذلك لانه من جملة حوائجه يرجع الى اصلاح ملكه وهو من صرع التجار ولو تهيأنا على الخدمة في الامتين ثم وطىء أحدهما الامة التي عند فعقت فموت المهايأة لانه تملك نصيبه شريكه حين استولدها بضمان نصف القيمة وكما لا يصح ابتداء المهايأة الا بعمل مشترك فكذلك ما لا يبقى ولا شركة بينهما فيها بعد ما استولدها أحدهما وكذلك لو ماتت أو أبتت انتقضت المهايأة لانه انما رضى بسلامة خدمة الأخرى لشريكه بشرط أن يسلم له خدمة التي هي في يده وفدوات ذلك بموتها أو باباتها ولو استخدمه الشهر كله الا ثلاثة أيام في أول الشهر ثم مرضت أو أبتت نقصت الآخر من شهره ثلاثة أيام باعتبار المعادلة فيما يستوفيه كل واحد منهما من منفعة الملك المشترك ثم يستقبلان المهايأة ولو لم ينقص الثلاثة أيام حتى تم الشهر في خدمته لم يكن له عليه في ذلك شيء لانه اما فضل صاحبه في استيفاء بعض الخدمة والخدمة لا تقوم الا بالعقد بالتسمية وكذلك لو أبتت أحدهما الشهر كله واستخدم الآخر الاخرى الشهر كله لم يكن عليه في تلك الخدمة ضمان ولا أجر لان المنفعة لا تقوم بالاتلاف (الأثرى) أنه لو استخدم الامة المشتركة أحدهما من غير رضا الشريك لا على وجه المهايأة لم يلزمه في ذلك ضمان لصاحبه بمنزلة الغاصب ولو عطبت أحدهما في الخدمة لم يضمنها صاحبها لان كل واحد منهما أمين في نصيب صاحبه مما في يده وانما يستخدمها باذن صاحبه فيكون هو في ذلك كالمستعير أو المستأجر ولو زوجها من هي في يده لم يجوز ذلك لان التزويج تصرف يعتمد الولاية وثبوت الولاية بملك الرقبة وملك الرقبة لكل واحد منهما غير تام فافى يده بعد

بالخيار لان ملك البائع يزول مع خيار المشتري وان كان البائع بالخيار لم تبطل المباشرة الا ان
يمضي البيع لان خيار البائع يمنع زوال ملكه عن البيع في المدة ما لم يسقط الخيار والله تعالى
أعلم بالصواب

باب صلح الأب والوصى والوارث

(قال رحمه الله) واذا كان للصغير دار أو عبد فادعى رجل فيه دعوى فصالحه أبوه
على شيء من مال الصبي ينظر في ذلك فان كان للمدعي بينة وكان ما أعطى الأب من مال
الصبي مثل حق المدعي أو أكثر مما يتغابن الناس فيه جاز لان سبب الاستحقاق للمدعي
ظاهر شرعا فالأب بهذا الصلح يصير كالمشتري لتلك العين لولده بآله والأب غير متهم ب
حق ولده فمند ظهور الحق للمدعي بالبينة انما يقصد الاب النظر للمدعي وبما يكون له بين
منفعة لا يحصل ذلك بتيمنه ران لم يكن له بينة لم يجز الصلح للمدعي ما استحق
شيئا على الصبي بمجرد دعواه سوى الاستحلاف ولا ينحل الأب ولا الصبي في حال
الصغير وانما يستحلف اذا باع فالأب يفدى هذه العين بمال الصغير واذ عينت بومة
وليس للأب ولاية دفع مال صبي بازاء مالا بل بمنقوم فان صلح مع المدعي هو جائز
بمنزلة أجنبي آخر صالح على مال نفسه ووصى وارادعى الأب للمدعي من ماله ثم
صالحه منه على شيء وقبضه وهو مثله أو أقل مما يتغابن الناس به جاز كما رباء من هرق
يده وان كان أقل منه بشيء كثير لم يجز ان كانت له بينة لان سبب استحقاق الصبي ظاهر
شرعا بالحجة فهو بهذا الصلح نأته يبيع ماله بفن فاحش وان لم تكن له بينة غير منفع له
جائز لان الصبي ما استحق قبل ذى اليد شيئا سوى العين ولا منفعة للصبي فالأب جعل
مالا بمقابلة مالا وهو غير متهم في هذا بل هو ناظر للصبي بتصوير مالا في حق
مالا ووصى الأب في هذا بعد موت الاب كالأب وكذلك الجد ووصى الجد ولا يجوز صالح
غير هؤلاء كالأخ على الصبي ولا عنه لانه لا ولاية له عليه فهو في الصلح في حقه
كالأجنبي والمنعوه بمنزلة الصبي لانه مولى عليه ولو كان للصبي دين على رجل فصالحه أبوه
على بعض وحط عنه بعضا فان كان الأب هو الذي ولي مبايعته جاز الحط في قول أبي حنيفة
ومحمد رحمه الله وهو ضامن لما حطه ولا يجوز في قول أبي يوسف رحمه الله وهو نظير

اختلافهم في الوكيل بالبيع وان لم يكن ولي مبايعته لم يجوز حظه وكذلك الوصي لان نبوت
الولاية لهما مقيد بشرط النظر للصبي وليس من النظر اسقاط شيء من حقه بالخط فها في
ذلك كأجنبي آخر ولو ادعى الوصي شقضا في دار فجده رب الدار فصالحه على دراهم قبضها
جاز ذلك ان لم يكن لهم بينة على الاصل وكانوا صغارا وكبارا لان الوصي قائم مقام الوصي
وفي هذا الصلح نظر للموصى عليه فهو بالدعوى ما استوجب على الخصم الا اليمين ولان منفعته في
مال يقضي به دينه ويستغنى به ورثته وان كانت لهم بينة عليه وكان ما قبض مثل قيمة ذلك
أو أقل مما يتغابن الناس فيه جاز عليهم جميعا في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجوز في قولهما
على الكبار في حصتهم الا برضاهم وهو نظير اختلافهم في بيع الوصي شيئا من التركة وفي
الورثة صغار وكبار وقد بينا ذلك في الشفعة ويستوى عندهما ان كانت لهم بينة أو لم تكن
لانه لا ولاية للوصي على الكبار من الورثة فهو في حقهم كأجنبي آخر وصلح وصي الأم
والأخ على الصبي مثل صلح وصي الأب في غير العقار لان فيما سوى العقار للوصي ولاية
البيع في تركه الوصي فكذلك له ولاية الصلح فأما في العقار فليس له ولاية البيع فيما صار
للصغير من هذه التركة كما لم يكن له وصى ذلك في ملك الصبي ولا يجوز صاحبه فيه أيضا
وكذلك لو كانت الورثة كبارا وصغارا فصلح الوصي فيما سوى العقار جائز عليهم بشرط
النظر كما لا يجوز بيعه فيه للحفاظ عليه واذا كان عاقل الميت دن أو وصى بوصية تفصلح الوصي
من دعوى له في دار فهو عاقل ما ذكرنا في الورثة اذا كانوا صغارا لان باعتبار الدين والوصية
يثبت للوصي في الولاية للميت حتى يجوز بيعه في جميع التركة عند أبي حنيفة رحمه الله
فكذلك الصلح واذا ادعى الوارث الكبير على الوصي ميراثا من صامت أو رقيق أو أمتعة
في داره صالحه من جمع ذلك على عبده أو ثوب معلوم جاز لوجود التراضي بينهما على ما
اصححنا عليه كذا أو قال افتدى منك يعني بذلك لان الصلح على الإنكار فداء لليمين
بالمال ولا فرق بين لفظ الفداء وبين لفظ الصلح فيه وان كانا وارثين ادعيا ذلك تبليه فصالح
احدهما على عرض من غير اقرار لم يكن للآخر أن يرجع على الوصي بشيء لانه بصلح على
الإنكار لم يصرف مقرا له بشيء وانما فدى يمينه والآخر أن يستخلفه ان شاء لان حق
الاستخلاف كان ثابتا لهما فاسقط ذلك أحدهما بالمال فصح ذلك في حقه وفي حق الآخر
لا يصح الا برضا فان أبي فهو على حقه في الاستخلاف وان أراد أن يشارك أخاه فيما

قبض فله ذلك باعتبار أنه صار راضيا بالصلح فكأنهما صالحاه وهذا إذا كان مادعياه مستهلكا
لأن الصلح مبني على زعمهما في حقهما وفي زعمهما أن قيمة ذلك دين على الوصي مشترك بينهما
وأحد الشريكين في الدين إذا صالح علي شيء كان للآخر أن يشاركه في المقبوض إلا أن يعطيه
نصف ما ادعى من ذلك فإن كانت الورثة صفارا وكبارا وصالح الوصي الكبار من دعواهم
ودعوى الصفار على دراهم وقبضها الكبار وأنفقوا على الصفار حصتهم من ذلك فإن ذلك
لا يجري على الصفار لأنه لا ولاية للكبار على الصفار وللصفار أن يرجعوا بحصتهم على الوصي إذا
أدركوا ورجع الوصي على الكبار بحصة الصفار مما أخذوا لأنهم يزعمون أنهم أخذوا المال
عوضا عن الكل وقد استحق الصفار نصيبهم على الوصي فكان لهم أن يرجعوا بحصة ذلك من
المأخوذ من الكبار وإذا أقر الوصي أن لأحد الورثة عنده من ميراثه كذا وكذا درهما فأراد
بقية الورثة أن يرجعوا على الوصي بحصتهم كما أقر لهذا لم يكن لهم ذلك ولكن ما أقر به لهذا فهو
بينهم على المورث لأن الوصي أمين فيما في يده من التركة والقول قول الأمين في براءة
نفسه ولكن لا يقبل قوله فيما يدعي من وصول لمال إلى غيره كالمودع إذا ادعى الرد على
الوصي فهذا أيضا قول الوصي فبما يرجع إلى براءته مقبول سواء ذكر أنه سلم نصيب الكبار
اليهم أو أن ذلك لم يصل إلى يده ولكن لا يقبل قوله في إسقاط حق الكبار عما أقر به للصغير
لأن ذلك جزء من التركة وهو مشترك بينهم باعتبار الأصل فلا يقبل قول الوصي في تخصيص
أحدهم به ولكن يجعل ماسوى هذا من التركة كالناوى فتسقى الشركة بينهم في هذا وإذا
أقر الوصي أن عنده للميت ألف درهم وللميت ابنان ثم صالح أحدهما من حصته على أربعمئة
درهم من مال الوصي لم يجوز لأنه أعطاه أقل من حصته وقد بدا في الدين أن مثل هذا
الصلح يجوز بطريق الإسقاط وهنا لا يمكن تصحيحه بطريق الإسقاط لأنه عين في يد الوصي
أمانة فلا بد من حمله على معنى المعاوضة ومبادلة الخمسة بأربعمئة لا يجوز وكذلك لو كان
مع الألف متاع فالعلة المفسدة هنا أظهر ولو أن الوصي استهلك ذلك جاز الصلح على أربعمئة
لأن ما استهلك صار ديناً في ذمته فهذا حط عنه بمحض حقه واستوفى البعض فيصح الصلح
بطريق الإسقاط وإذا مات الرجل وترك ابناً وامرأة وترك رقيقاً وعقاراً وأتمته فقبضها
الابن واستهلكها أو لم يستهلكها ثم صالحته المرأة بمداقار أو انكار على دراهم مؤجلة أو
حالة جاز ذلك وصلحها معه مثل صلح الأجنبي مع الأجنبي في الدعاوى لأنها تدعى ميراثاً

قبله فان كان مترا بذلك فالصالح على الافرار جائز وما يديها عوض نصيبها ان كان قائما في يد الابن وان كان مستهلكا فهي قد استوفت بعض حتمها وأبرأته عما بقي وان كان منكرا لحتمها فالصالح مع الانكار صحيح بطريق الفداء لليمين وقد بينا وجود صالح بعض الورثة مع البعض واستوفينا جميع ذلك وقال فان كان في الميراث عين ودين فصالح الابن المرأة من ذلك كله ما خلا المال المعين والدين فهو جائز لان ما جعل مستثنى لم يتناوله عقد الصالح فكان ذلك غير موجود في التركة أصلا فكما يجوز الصالح من جميع المدعى يجوز من بعضه فيصح وهي انما صالحته عن نصيبها من العروض والعقار خاصة وذلك جائز وان كتب في كتاب البراءة اني دفعت اليك جميع حصتك من المال المعين فهو جائز اذا أقرت بالقبض وان كتب اني عجلت لك ميراثك من كل مال دينا على الناس من غير أن شرطت به على فهو جائز لان اقرارها على نفسها حجة شرعا وما أقرت به كالمعائن في حقها فيبرأ الغريم من حصتها من الدين لان تبرع أحد الورثة بقضاء ذلك الوارث الآخر كتبرع أجنبي آخر وطلب هذا التبرع يوجب براءة الغريم عنه واذا مات الرجل فأوصى بثمنه لرجل وترك ورثته وفيهم الصغير والكبير فطلب الموصي له موصيه فصالحه بعض الورثة على دراهم مسماة على أن يسلم له ذلك خاصة دون بقية الورثة فان كان الميراث ليس فيه مال غائب ولا عين حاضرة يكون ثلثه مثل ذلك فاني أجاز الصالح اذا كان المال المعين في يد المصالح أو كان الميراث رقيما أو عتارا لان الموصي له شريك الوارث في التركة فصالح الوارث معه كصالح أحد الوارثين مع الآخر وفي نظير هذا صالح أحد الوارثين مع الآخر على أن يكون نصيبه له صحيحا فكذلك صالح الوارث مع الموصي له فان كان في الميراث دين لم يحز ذلك لان ثلث ذلك الدين صار للموصي له بالثلث فهو يملك ذلك من الوارث يأخذ منه عوضه وتمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لا يجوز وان كان عين ثلثه مثل ما أعطى أو أكثر لم يحز الصالح مراده بالعين النقدي من الذهب والنفضة واذا وقع الصالح على جنس ذلك ومقدار حقه من ذلك الجنس مثل ما استوفى أو أكثر فهذا الصالح يكون ربا وقد بينا فساد ذلك فيما بين الورثة فكذلك فيما بين الوارث والموصي له واذا كان المال المعين في يد الوصي وكان ما أعطى الوارث الموصي له أكثر من ثلثه جاز ذلك اذا قبض الوارث ذلك من الوصي قبل أن يتفرقا وان تفرقا قبل أن يقبض الوارث المال المعين من يد الوصي ينقص من الصالح حصة المال المعين لان العقد في تلك

الحصة قد صرف ويد الوصى يد أمانة فلا يصير الوارث قابضا بحكم الصرف بيد الوصى وإذا
افترقا قبل أن يقبض ذلك منه فقد افترقا من المجلس قبل قبض بدل الصرف فيبطل الصلح
في حصة ذلك ويجوز فيما سواه وكذلك إن صالحه على ذناير لأن في حكم الصرف ووجوب
القبض في المجلس لا فرق بين أن يكون العقد متناولا لجنس واحد من النقود أو جنسين
وإن صالحه على مكيل أو موزون بعينه جازلانه مشتر لسا وقع عليه الصلح بنصيبه من التركة
والشترى معلوم معين وإن كان بغير عينه لم يجز لأنها صفقة واحدة وفي حصة العين من
التركة يبطل هذا الصلح لأنه بيع ما ليس عند الإنسان فلا مكيل والموزون بالدرهم يكون
مبيعا وإذا فسد في البعض فسد في الكل وإذا صالحه على ثياب موصونة أو وثجلة ثم تفرقا
قبل أن يقبض الوارث حصة الموصى له من المال المعين بطل من الثياب حصة المال المعين
لأن صفة العقد في معنى السلم فيشترط قبض رأس المال في المجلس وإنه يكون ديناً بدين
وإنه تفرقا قبل القبض بطل العقد في ماله الحصة ولكن هذا ما ذهبنا إليه في كتابنا المسمى

في البعض لا يفسد العقد في الباقي بخلاف المقارن وقد بينا نظره في كتاب الصرف ولو كان
هذا الصلح في مال الوارث على أن يسلم الموصى جميع موصوبه من الورث على سباهم كان
النول فيه مثل ذلك في جميع ما بينا لأنه في الصلح في نصيبه ماثر لردته هو متبرع عنهم
أذا المال لأن يصح منهم كما يصح من المتضولين كأنهم على وجه أعلى ذوات وصلاح
الوارث الموصى له وصلاح الوارث سواه في جميع ما ذكرنا بينهم في التركة سواء وكذلك
وإن الميراث في يد الموصى له فصلاح الوارث على أن أعطاه راسم على أن يسلم الوارث
ويرثه لأن الوارث يملك نصيبه من الموصى له بما ينصب منه من عوض كما أنه في حصة صلاح
الوارث مع الوص له إذا كانت التركة في يده يجوز له صلاح الوصى له لردته ما ينشأ من
ميراث الميراث إلا أننا ومتاعا وطبا وفيه جوهر لا يخلص به بغير رد الوارث رحلا
كإبران وغيره وصى ورجل وصى به أصح ما في ردته وإذا كان في يده راسم
لا أحد ما يكون بينه وبينه متناولا لا ركناء لا حرره بغيره على أن يرد ذواته بينهم
سواء لصاحبهم تلك القيمة لم تقابلوا لم يصح أن يرد نصيبه من حصة الوارث
نفس المجلس نفسه فيه وذلك في مد الله تعالى في هذا ما ذكرناه من خلافه
لأنه راسم متناولا لا يجوز له أن يرد ما لا يرد في التركة بغيره بغيره ما فسد في

حصة الحلى وقد بينا نظيره في الصرف في السيف الحلى ولو كان وارث منهم اشترى رقيقا ومتاعا بألف درهم ثم ان الوارث الآخر اشترى منهم حليا فيه جوهر بألف درهم على أن يحسب له من نصيبه لم يجز ذلك من قبل أن العقد فيه صرف ولم يوجد التعاقبض في المجلس ولأن حصته مما على أخيه داخله في ذلك وهو دين ولو كان بعض التركة ديناً على أجنبي لم يجز مثل هذا الصلح بين الورثة فيه فكذلك إذا كان ديناً على بعض الورثة قال غيره أنه يجوز من ذلك الجهره من عدمه إذا كان مميّزا وإن كان غير مميّز لم يجز شيء منه أما إذا كان غير مميّز فحلوا ظاهره من سداد العقد من حصة الحلى فلا فراق ففسد في حصة الجوهر أيضا وإن كان مميّزا من سداد العقد مع جميع الورثة والموصي له فإنه يجوز من حصة الجهره لأن فساد العقد من برك البعض في حصة الحلى وذلك فساد طارئ لا بأس به بالنسبة إليه من فساد العقد من نصيبه من هذا الحلى وإنما اشترى هذا الحلى منهم بألف درهم على أن يحسب لهم من ذلك الجهره فساد العقد باعتبار أن الحلى غير مقبوض في المجلس وإن وارث الآخر راضى بقبول ما هو دين على الأخ الآخر في المجلس وكل ذلك يفسد برك البعض في المجلس وهو غير أن يأن في فساد العقد من السداد ففسد في حصة الجوهر إذا كان مميّزا والله تعالى أعلم بالصواب

تم الجزء العشرون من بسوط الامام السرخسي رحمه الله

باب الجهره الحادى والاعتراف واوبله باب التماس في الرصايا

تمت فهرست الجزء العشرون من بسوط الامام السرخسي رحمه الله

باب الجهره بالنفس والوكالة بانه ومة

باب الجهره بالنفس والوكالة بانه ومة

باب الجهره بالنفس والوكالة بانه ومة

باب الجهره بالنفس والوكالة بانه ومة

باب الجهره بالنفس والوكالة بانه ومة

باب ضمان ما يباع بالدين

- ٥٢ باب الحوالة
 ٥٥ باب الامر بنقد المال
 ٥٨ باب صلح الكفالة
 ٦٧ باب الكفالة والحوالة الى أجل
 ٧٢ باب الأمر بالضمان
 ٧٥ باب تكميل القاضي في ادعوى
 ٨١ باب ما يصدق فيه الدافع من قضاء الدين
 ٨٥ باب ادعاء الكفيل أن المال من ثمن خمر أو ربا
 ٨٨ باب الحبس في الدين
 ٩١ باب الأبراء والهبة للكفيل
 ٩٣ باب فرار أحد الكفيلين بأن المال عليه
 ٩٦ باب بطلان المال عن التكميل من غير أداء ولا
 ١٠١ باب اخلف في الكفالة
 ١٠٢ باب الكفالة بما لا يجوز
 ١١١ باب كتاب القاضي الى القاضي في الكفالة
 ١١٣ باب الشراة وليمين في الحوالة والكفالة
 ١١٩ باب كفالة لرجلين على شرط لزوم المال الخ
 ١٢٠ باب انكسالة بالاعيان
 ١٢٦ باب من الكفالة أيضا
 ١٣٣ كتاب الصلح ١٣٩ باب الصلح في العفار
 ١٦٣ باب الصلح في الشفعة ١٦٤ باب الصلح الفاسد
 ١٧٠ باب المنيأة
 ١٧٨ باب صاحب الألب والوصى والوارث

